KM19
.F8
L31
v.21

1020013435

BIBLIOTECA

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN

DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

A Sánchez Fuentes

Biblioteca Particular
del Lic.
ANDRES SANCHEZ FUENTES.

Volumen No.....

Estante..... Casillero.....

A395

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
ALERE FLAMMAM VERITATIS

PRINCIPIOS
—DE—
DERECHO CIVIL FRANCES

POR

F. LAURENT

PROFESOR DE LA UNIVERSIDAD DE GANTE

OBRA PREMIADA EN EL CONCURSO QUINQUENIAL DE LAS CIENCIAS MORALES Y POLITICAS.

UANL
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS
BIBLIOTECA UNIVERSITARIA ALFONSINA UANL
111449
23103

TOMO XXI.

BARROSO HERM
Calle de la Co

odier,
., *Tratado del*
vol, 1869. Trop-
ca del derecho antiguo,
de la comunidad, ORES), F^o (1723); Lebrun, *Tratado de*
ol. in folio (1755); Po ier, *Tratado de la comunidad.*

UNIVERSIDAD Ð NVEVO LEON
ALERE FLAMMAM VERITATIS
BIBLIOTECA

TITULO VI.

(Titulo V del Codigo Civil).

DEL CONTRATO DE MATRIMONIO Y DE LOS DERECHOS RESPECTIVOS DE LOS ESPOSOS.[1]

CAPITULO PRIMERO.

DISPOSICIONES GENERALES.

SECCION I.—Definición y objeto del contrato de matrimonio.

1. La definición del contrato de matrimonio resulta del art. 1,387: es la convención que reglamenta la asociación conyugal en cuanto á los bienes. Hay otro contrato de matrimonio que rige la asociación conyugal en cuanto á las personas: es el matrimonio celebrado ante el oficial del estado civil. Aunque la unión de las personas sea un contrato, la ley no la califica de contrato de matrimonio; la llama simplemente matrimonio. El legislador reserva el nombre de contrato de matrimonio á las convenciones que los futuros esposos hacen relativamente á sus bienes. Aunque este contrato se haga á ocasión del matrimonio, del que es el acce-

1 Bellot des Minières, *Del contrato de matrimonio*, 1825, 4 vol. in 8.° Odier, *Tratado del contrato de matrimonio*, 1847, 3 vol. Rodière y Pont, *Tratado del contrato de matrimonio*, 1.ª edición, 2 vol.; 2.ª edición 3 vol, 1869. Troplon, *Del contrato de matrimonio*, 4 vol., 1850—Acerca del derecho antiguo, Renusson, *Tratado de la comunidad*, 1 vol. in 4.° (1723); Lebrun, *Tratado de la comunidad*, 1 vol. in folio (1755); Pothier, *Tratado de la comunidad*.

23103

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

sorio necesario, difiere de él esencialmente en su objeto. El matrimonio es enteramente de orden público, puesto que es la base del orden social y del orden moral; mientras que el contrato de matrimonio solo trata de los esposos, por consecuencia, de los intereses pecuniarios. Esta es la razón por la que los autores del Código tratan de él en el libro III, después de haber establecido los principios generales acerca de las obligaciones y antes de los contratos ordinarios de venta, arrendamiento, sociedad, etc. El contrato de matrimonio abre, pues, la serie de los contratos por los que los particulares reglamentan sus intereses.

Hay, sin embargo, una diferencia considerable entre el contrato de matrimonio y los demás contratos. Estos solo tocan accidentalmente materias de orden público, mientras que el contrato de matrimonio, siendo el accesorio del casamiento, tiene por esto mismo una estrecha liga con la unión de las personas. Esto es tan verdadero que el régimen de derecho común que existe entre los esposos en virtud de la ley, la comunidad legal, es una sociedad de bienes, consecuencia de la sociedad de personas. La liga entre las personas y los bienes es tan íntima, que el derecho que rige á los bienes tiene una influencia más ó menos directa en el derecho que rige á las personas. En verdad, el contrato de matrimonio solo reglamenta la asociación conyugal en cuanto á los bienes; estos son los términos del art. 1,387; los esposos no pueden, pues, reglamentar por sus convenciones las relaciones de estado personal creado por el matrimonio; la ley es la que organiza el matrimonio y determina sus condiciones, así como los derechos y obligaciones que de él proceden; y como todas estas reglas conciernen á las buenas costumbres y al orden público, no está permitido á los esposos el derogar á ello (art. 6). Es, pues, de principio que el contrato de matrimonio no puede modificar las reglas que el legislador ha establecido en el título *Del Matrimonio*. Sin embargo, formulado así, el principio es demasiado absoluto. (1) Una de las consecuencias más importantes del matrimonio es la incapacidad de la mujer casada: ésta no puede hacer ningún acto jurídico sin la autorización de su marido ó de la justicia. Esta incapacidad es de orden público, puesto que procede del poder marital. No obstante, el contrato de matrimonio puede derogar la incapacidad de la mujer dándole una independencia más ó menos grande que le permita hacer los actos usuales de la vida sin autorización; la mujer separada de bienes tiene la libre administración de su patrimonio; está, pues, libertada del poder marital en todo lo que se refiere á los actos de administración. Esta es una grave derogación á los principios de derecho; se explica como muchas otras excepciones, por el favor que el legislador concede á las convenciones matrimoniales, como lo dirémos más adelante.

2. El contrato de matrimonio propiamente dicho consiste en las convenciones matrimoniales. Como estas convenciones deben constar por acta auténtica, se da también el nombre de contrato de matrimonio á el acta que contiene las convenciones entre los esposos. Esto se concibe, puesto que el acta, siendo de la esencia del contrato, éste se confunde fácilmente con aquella. Lo seguro es que esta es una confusión que es preciso evitar. Puede haber contrato de matrimonio sin que exista acta notariada; los futuros esposos que se casan sin haber redactado una acta de sus convenciones matrimoniales, están casados bajo el régimen de la comunidad legal (art. 1,393). La ley dice que á falta de estipulaciones especiales, el régimen de la comunidad forma el derecho común en Francia. Así es de hecho como de derecho; la mayor parte de los esposos no hacen contrato ante notario: por esto mismo convienen tácitamente que se casan bajo el régi-

1 Duranton dice que el contrato de matrimonio *nada* reglamenta que se refiera á la persona de los esposos y al poder del marido sobre la mujer (t. XIV, pág. 2, núm. 2).

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

men de la comunidad; los contratos de matrimonio tácitos son, pues, los más frecuentes.

¿Por qué hay necesariamente un contrato expreso ó tácito entre los esposos? La ley impone á los esposos obligaciones que nacen del matrimonio: están obligados á alimentar, mantener y educar á sus hijos; el marido está obligado á ministrar á la mujer todo lo necesario para los cuidados de la vida, según sus facultades y su oficio (arts. 203, 214). Hay, pues, deberes comunes á los esposos: ¿cómo los llenarán? ¿En qué proporción el marido y la mujer deben contribuir para esto? Es menester que haya una convención acerca de este punto; es, pues, necesario un contrato de matrimonio. El marido debe subvenir á las necesidades de la mujer: ¿quiere esto decir que ésta no deba contribuir por su parte? Regularmente la mujer aporta á su marido un dote para ayudarle á soportar la carga del matrimonio; es necesario que los esposos determinen cuáles bienes son dotales y qué derecho tiene en ellos su marido: ¿tiene su administración y gozo, ó la mujer es la que los administra y goza de ellos? ¿Ponen los esposos sus bienes en sociedad en todo ó en parte, ó cada uno se reserva la propiedad de su patrimonio? ¿Y qué sucede con los bienes adquiridos durante el matrimonio: son comunes ó pertenecen solo al marido? Es preciso necesariamente una regla; es decir, es menester un contrato de matrimonio para determinar los derechos y las obligaciones de los esposos en cuanto á sus bienes.

El contrato de matrimonio no solo interesa á los esposos; los terceros que contratan con ellos tienen también gran interés. Si tratan con la mujer, es preciso que sepan si debe de estar subrogada por su esposo, ó si para el acta que ella pasa está libertada del poder marital. Si tiene necesidad de autorización, los terceros deben también saber cuáles serán sus efectos: ¿la mujer quedará obligada con sus bienes en toda propiedad ó por solo su parte en ella? ¿Estará el marido

obligado por su propio patrimonio? Si los terceros tratan con el marido, siempre tienen como prenda los bienes de su deudor, pero esta prenda puede ser insuficiente; importa á los acreedores saber si tienen acción en los bienes de la mujer; esto depende de las convenciones matrimoniales. Es, pues, necesario un contrato de matrimonio que fije los derechos que el marido tiene en los bienes de su mujer; siempre hay un derecho, pero éste varía según las convenciones de los esposos. Estas convenciones son, pues, necesarias para reglamentar las relaciones de los esposos para con los terceros.

3. El conjunto de reglas que rigen á la asociación conyugal en cuanto á los bienes, se llama régimen. Se pudiera creer, según el art. 1,391, que solo hay dos régimenes, el de la comunidad y el régimen dotal. «Los esposos, dice la ley, pueden declarar de un modo general que pretenden casarse bajo el régimen de la comunidad ó bajo el régimen dotal. En el primer caso, y bajo el régimen de la comunidad, los derechos de los esposos y de sus herederos serán reglamentados por las disposiciones del capítulo II del presente título. En el segundo caso, y bajo el régimen dotal, sus derechos se reglamentan por las disposiciones del capítulo III.» La clasificación del Código consagra en apariencia el principio de dos régimenes. Después del capítulo I de las disposiciones generales, siguen dos capítulos comprendiendo el uno la comunidad y el otro el régimen dotal. Sin embargo, es seguro que el Código prevee cuatro régimenes muy distintos: la comunidad legal ó convencional, el régimen exclusivo de comunidad, la separación de bienes y el régimen dotal. ¿Por qué, pues, los autores del Código no mencionan en el art. 1,391 sino el régimen de la comunidad y el régimen dotal? Estos eran los dos régimenes que acostumbrábanse en la antigua Francia; en los países rutineros, la comunidad formaba el derecho común, mientras que en los países de derecho escrito, era el régimen dotal el que prevalecía. Los autores del Código,

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

queriendo traer el derecho á la unidad, debían pronunciarse por uno de estos dos régimenes; dieron la preferencia á la comunidad; dirémos más adelante por qué. El primitivo proyecto ni siquiera mencionaba el régimen dotal. Por las grandes reclamaciones de las provincias del Medio día, se agregó un capítulo acerca del régimen dotal; y con el fin de colocar á ambos régimenes en un mismo pie de igualdad, el art. 1,391 dispuso que los futuros esposos podrían limitarse á declarar, de un modo general, que se casan bajo el régimen dotal ó bajo el de la comunidad. Esto era natural, puesto que tal es el derecho común: así como puedo hacer una venta refiriéndome al título del Código acerca de la *venta* por lo que toca á mis derechos y á mis obligaciones, así también puedo hacer un contrato de matrimonio adoptando las reglas trazadas en el Código para el régimen al que pretendo someterme. Aun hay más. La satisfacción que el art. 1,391 da á los países de derecho escrito no es sino aparente: ellos querían la igualdad, pero no la podían obtener bajo el imperio de un derecho uniforme. Se necesitaba un régimen de derecho común para aquellos que se casan sin levantar acta: esto es, la comunidad legal; los esposos se consideran como habiéndola estipulado por esto solo que no hacen acta notariada. Contrariamente, los que quieren adoptar el régimen dotal deben hacer una acta notariada en la que estipulan expresamente este régimen (art. 1,382); volverémos á ocuparnos de este punto.

4. Se pueden dividir los diversos régimenes en dos categorías: el régimen comunal y los régimenes exclusivos de la comunidad. La comunidad es una sociedad de bienes; el Código la consagró tal como la encontró establecida por la tradición, comprendiendo los muebles presentes y futuros de los esposos, los frutos de sus propios y lo que adquieren. Las partes están libres para extender ó restringir la comunidad llamada convencional. En verdad, toda comunidad

es convencional. La comunidad puede ser convencional tácitamente; es lo que el Código llama comunidad legal. Si los esposos quieren modificar dicha comunidad, deben hacerlo por acta notariada; esta es la comunidad convencional propiamente dicha.

Los otros tres régimenes formulados por el Código excluyen la comunidad, en este sentido, que cada uno de los esposos conserva su patrimonio; están separados de bienes. Hay separación de bienes en primer lugar bajo el régimen que lleva este nombre: el marido y la mujer quedan dueños de sus bienes, los administran y gozan de ellos separadamente. La ley ó la convención determinan en qué proporción los esposos deben contribuir al cargo del matrimonio. El régimen por el que los esposos declaran casarse sin comunidad, implica igualmente la separación de bienes; pero, bajo este régimen, el marido tiene la administración y gozo de los bienes de su mujer. Lo mismo sucede, bajo el régimen dotal, para con los bienes dotales; lo que caracteriza este régimen es la inenajenación de la dote. Cuanto á los bienes no dotales ó parafernales, la mujer tiene su administración y su gozo, como la tiene bajo el régimen de la separación de bienes.

5. Los esposos pueden adoptar uno de los régimenes más exclusivos de la comunidad refiriéndose á las disposiciones que lo rigen; el art. 1,391 lo dice para el régimen dotal, y debe decirse otro tanto de los demás régimenes, puesto que el art. 1,391 solo aplica un principio de derecho común. Los esposos pueden también modificar los régimenes exclusivos de la comunidad como lo quieran. Esto es de derecho común para cualquiera régimen. El Código lo dice en la primera disposición de nuestro título: según el art. 1,387: "La ley no rige la asociación conyugal en cuanto á los bienes, sino á falta de convenciones especiales que puedan hacer los

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

esposos como lo quieran.'' El Código prevee las cláusulas más usuales por las que se deroga al régimen de la comunidad: esto es lo que llama la comunidad convencional; estas cláusulas tradicionales no impiden que las partes estipulen otras cláusulas; esto es evidente, puesto que lo dice el art. 1,387. Lo mismo sucede con los régimenes exclusivos de la comunidad; el Código no prevee cláusulas derogatorias, porque la tradición no consagra ninguna. Solo en el final del capítulo del régimen dotal, se halla una disposición así concebida: "Al someterse al régimen dotal, los esposos pueden, sin embargo, estipular una sociedad de gananciales, y los efectos de esta sociedad están reglamentados como se dice en los arts. 1,458 y 1,499." Esto es decir que los esposos pueden combinar diversos régimenes como lo pretenden. Si sometiéndose al régimen dotal, pueden estipular uua comunidad para gananciales, deben tener el derecho, por igual razón, de modificar el régimen de comunidad con principios tomados del régimen dotal. La razón para decidir en la misma; se halla en los principios de libertad que el art. 1,387 aplica á las convenciones matrimoniales, y que debe dicirse es común á todas las convenciones. (1) Si la ley las subscribió en el art. 1,387, es sin duda para señalar que las partes contratantes gozan todavía de mayor libertad para las convenciones matrimoniales que para las demás convenciones.

Esto es tan evidente que no se comprende cómo Troplong lo haya contestado. (2) La autoridad de que goza este autor en Francia nos obliga á insistir. Citémos desde luego las palabras del tribuno Duveyrier en su excelente informe al Tribunado, después de haber hablado de la tradición que dividía á la Francia antigua y que daba costumbres diferentes á los habitantes del Mediodía y á los del Norte, el relator agre-

1 Toullier, t. VI, 2, pág. 14, núm. 10.
2 Troplong, t. I, núms. 79 y 80.

ga: "Aun podrá uno y otro *confundir á su antojo ambos régimenes en sus convenciones* y tomar de uno y otro las reglas que convengan á sus intereses como á su voluntad, que podrán, según los lugares y circunstancias, combinarse sin contradecirse." (1) Siméon, el orador del Tribunado proclama el principio de libertad en estos excelentes términos: "Las convenciones matrimoniales son un contrato; es de naturaleza de cualquier contrato recibir todas las estipulaciones que convengan á los que la forman... *que se estipule todo lo que se quiera*, siempre que se estipule lo que es decente y permitido (es decir, lícito); hé aquí el primer precepto y todo el deseo de la ley... La ley debe reglamentar la forma de los contratos y sus efectos; ¡debe procurar su ejecución, pero las estipulaciones pertenecen á la voluntad de los contratantes: Hacen parte de esta libertad que la constitución política les garantiza, de esta propiedad que el Código Civil protege y organiza.'' (2) ¿Qué se opone á los principios y á los autores del Código que los han expuesto? Troplong cita el art. 1,581 que, según él, enseña el límite de las mezclas que el régimen dotal puede hacer con la sociedad de bienes. Lo que quiere decir que el art. 1,581 es restrictivo. ¿Lo es es en sus términos? Nó, se limita á decir que el régimen dotal puede combinarse con una especie de comunidad. La restricción, ¿estará entónces en el espíritu de la ley? De ningún modo; el art. 1,591 solo aplica el principio de libertad escrito en el art. 1,387. ¿Se dirá que esta aplicación era inútil? Esto es verdad, pero hay una razón histórica que la explica. El relador del Tribunado nos enseña que en algunos paises de derecho escrito, como en Burdeos, "se gustaba de templar la imposibilidad del régimen dotal, por la confianza de una comunidad imperfecta que se llamaba sociedad de gananciales, y se atribuyen á este sistema todas

1 Duveyrier, *Informe*, núm. 1 (Locré, t. VI, pág. 406).
2 Siméon, *Discursos*, núm. 5 (Locré, t. VI, pág. 459).

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

las ventajas de uno y otro régimen." (1) Los autores del Código han reproducido esta disposición tradicional, así como han reproducido en todo el libro del *Contrato de matrimonio,* las reglas que había consagrado la tradición.

6. El legislador, lejos de restringir la libertad de los contrayentes en materia de convenciones matrimoniales, la extiende: como favorece al matrimonio, debía favorecer también el contrato de matrimonio, demostrando la experiencia que las estipulaciones relativas á los bienes inclinan á menudo á las partes á unirse, lo mismo que pudieran entorpecer su unión si la ley encadenara la libertad de los que quieren casarse pero que solo lo quieren bajo las condiciones que les convienen. Pothier lo hizo ya notar: la ley permite á los futuros esposos hacer en su contrato de matrimonio estipulaciones que prohíbe fuera de este contrato. Los pactos sucesorios están severamente prohibidos como contrarios á las buenas costumbres; por contrato de matrimonio se puede hacer una institución contractual; en el derecho antiguo, la institución contractual tenía también esto de particular, que estaba admitida en los lugares en que la costumbre desechaba absolutamente la institución de herederos, hasta en los testamentos en los que solo se consideraba como un sencillo legado; así se podía por contrato de matrimonio lo que era prohibido hacer en una acta de última voluntad. Es también por el favor de los contratos de matrimonios como Pothier explica las derogaciones que el legislador autorizaba al principio fundamental de las donaciones, la irrebocabilidad. (2) Transladamos á lo que fué dicho en el título *De las Donaciones y Testamentos*. En fin, la ley permite á los esposos menores toda clase de donaciones por contrato de matrimonio (art. 1,398), mientras que fuera de este contrato, el menor no puede nunca hacer donaciones entre vivos.

1 Duveyrier, *Informe*, núm. 3 (Locré, t. VI, pág. 407).
2 Pothier, *De la comunidad*, núm. 2.

Debe aplicarse á estas disposiciones especiales el principio que rige á toda excepción: son de rigurosa interpretación. Así, la ley autoriza al menor hábil para contraer matrimonio á consentir todas las convenciones de que es susceptible este contrato. ¿Es esto decir que el menor pueda hacer por su contrato de matrimonio convenciones que la ley no le permite consentir sino observando las formas prescriptas para garantir sus intereses, una partición por ejemplo, ó una venta? No seguramente; éstas no son convenciones matrimoniales; luego el texto del art. 1,398 es inaplicable. Y el espíritu de la ley es igualmente extraño á los contratos ordinarios; no puede tratarse de favorecer el matrimonio favoreciendo convenciones que nada tienen de común con el matrimonio. (1) Por identidad de razones, debe decirse que el menor no puede confirmar por contrato de matrimonio una venta ó una partición irregulares; la confirmación es extraña al matrimonio; luego queda bajo el imperio del derecho común. (2)

SECCION II.—Condiciones requeridas para la validez del contrato de matrimonio.

ARTICULO 1.° —Capacidad.

§ 1.—Capacidad para casarse.

7. El contrato de matrimonio es el accesorio del matrimonio, no se conciben convenciones matrimoniales cuando no hay matrimonio. Si, pues, un contrato de matrimonio había sido redactado y que el matrimonio no fuese celebrado, el contrato conteniendo las convenciones matrimoniales caería. De esto resulta que el contrato de matrimonio encierra la

1 Burdeos, 25 de Enero de 1826 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 453). Grenoble 5 de Agosto de 1859, y Limoges, 29 de Enero de 1862 (Dalloz, 1862, 2, 39 y 40).
2 En sentido contrario, Grenoble, 10 de Julio de 1860 (Dalloz, 1862, 2, 40).

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

las ventajas de uno y otro régimen." (1) Los autores del Código han reproducido esta disposición tradicional, así como han reproducido en todo el libro del *Contrato de matrimonio,* las reglas que había consagrado la tradición.

6. El legislador, lejos de restringir la libertad de los contrayentes en materia de convenciones matrimoniales, la extiende: como favorece al matrimonio, debía favorecer también el contrato de matrimonio, demostrando la experiencia que las estipulaciones relativas á los bienes inclinan á menudo á las partes á unirse, lo mismo que pudieran entorpecer su unión si la ley encadenara la libertad de los que quieren casarse pero que solo lo quieren bajo las condiciones que les convienen. Pothier lo hizo ya notar: la ley permite á los futuros esposos hacer en su contrato de matrimonio estipulaciones que prohíbe fuera de este contrato. Los pactos sucesorios están severamente prohibidos como contrarios á las buenas costumbres; por contrato de matrimonio se puede hacer una institución contractual; en el derecho antiguo, la institución contractual tenía también esto de particular, que estaba admitida en los lugares en que la costumbre desechaba absolutamente la institución de herederos, hasta en los testamentos en los que solo se consideraba como un sencillo legado; así se podía por contrato de matrimonio lo que era prohibido hacer en una acta de última voluntad. Es también por el favor de los contratos de matrimonios como Pothier explica las derogaciones que el legislador autorizaba al principio fundamental de las donaciones, la irrebocabilidad. (2) Transladamos á lo que fué dicho en el título *De las Donaciones y Testamentos*. En fin, la ley permite á los esposos menores toda clase de donaciones por contrato de matrimonio (art. 1,398), mientras que fuera de este contrato, el menor no puede nunca hacer donaciones entre vivos.

1 Duveyrier, *Informe*, núm. 3 (Locré, t. VI, pág. 407).
2 Pothier, *De la comunidad*, núm. 2.

Debe aplicarse á estas disposiciones especiales el principio que rige á toda excepción: son de rigurosa interpretación. Así, la ley autoriza al menor hábil para contraer matrimonio á consentir todas las convenciones de que es susceptible este contrato. ¿Es esto decir que el menor pueda hacer por su contrato de matrimonio convenciones que la ley no le permite consentir sino observando las formas prescriptas para garantir sus intereses, una partición por ejemplo, ó una venta? No seguramente; éstas no son convenciones matrimoniales; luego el texto del art. 1,398 es inaplicable. Y el espíritu de la ley es igualmente extraño á los contratos ordinarios; no puede tratarse de favorecer el matrimonio favoreciendo convenciones que nada tienen de común con el matrimonio. (1) Por identidad de razones, debe decirse que el menor no puede confirmar por contrato de matrimonio una venta ó una partición irregulares; la confirmación es extraña al matrimonio; luego queda bajo el imperio del derecho común. (2)

SECCION II.—Condiciones requeridas para la validez del contrato de matrimonio.

ARTICULO 1.° —Capacidad.

§ 1.—Capacidad para casarse.

7. El contrato de matrimonio es el accesorio del matrimonio, no se conciben convenciones matrimoniales cuando no hay matrimonio. Si, pues, un contrato de matrimonio había sido redactado y que el matrimonio no fuese celebrado, el contrato conteniendo las convenciones matrimoniales caería. De esto resulta que el contrato de matrimonio encierra la

1 Burdeos, 25 de Enero de 1826 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 453). Grenoble 5 de Agosto de 1859, y Limoges, 29 de Enero de 1862 (Dalloz, 1862, 2, 39 y 40).
2 En sentido contrario, Grenoble, 10 de Julio de 1860 (Dalloz, 1862, 2, 40).

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

condición tácita: Si el matrimonio se efectúa. El art. 1,087 lo dice para las donaciones que se hicieron en favor del matrimonio, caducan si el matrimonio no tiene lugar. Lo que la ley dice de las donaciones se aplica á todas las convenciones matrimoniales. Troplong establece este principio muy sólido, apoyándose en las leyes romanas y en la autoridad de Cujas. (1) ¿A qué viene este lujo de ciencia cuando hay un texto del Código? Y á falta de texto, el buen sentido bastaría para decir que no hay contrato de matrimonio sin matrimonio. Pero si el principio es sencillo, las dificultades no faltan en su aplicación.

7 *bis*. Del principio que el contrato de matrimonio es condicional, la Corte de Casación ha deducido la consecuencia que las convenciones matrimoniales tienen efecto á partir del día en que fueron contraídas, cuando el matrimonio se cumple. Esta es la aplicación del art. 1,179, según cuyos términos la condición cumplida tiene un efecto retroactivo al día en el que el compromiso fué contraído. En el caso, el contrato había pasado el 13 de Julio de 1865, y el matrimonio se había celebrado el día 16 de Agosto. Un acreedor cuyo crédito fechaba el día 13 de Agosto, atacó el contrato como conteniendo una donación disfrazada en fraude de sus derechos. La Corte de Burdeos, admitiendo el principio de la retroacción, declaró la acción admisible. Esto era violar el art. 1,167, que no permite á los acreedores anteriores al acto fraudulosо pedir su nulidad por causa de fraude. La sentencia fué casada. (2)

8. Se pregunta si la caducidad del contrato de matrimonio arrastra la nulidad de las convenciones extrañas al matrimonio, y que constan en él. La negativa no es dudosa. Si el contrato cae, es porque es imposible que exista contrato de matrimonio entre personas que no están casadas.

1 Troplong, *Del contrato de matrimonio*, t. I, pág. 83, núm. 90.
2 Casación, 7de Febrero de 1872 (Dalloz, 1873, 1, 80).

Este motivo no es aplicable á las convenciones extrañas al matrimonio. La Corte de Grenoble lo sentenció así en un caso que presentaba alguna duda. Un contrato de matrimonio contenía la siguiente cláusula: "Los futuros al casarse han agregado que su común intención es legitimar á su hijo de 15 años de edad, viviendo con ellos." El matrimonio no fué celebrado á consecuencia de la muerte del padre del hijo natural. Este, instituido legatario universal por varios testamentos, tenía interés en que constara su reconocimiento no seguido de legitimación. Pretendió que la cláusula conteniendo legitimación caía con el matrimonio que debía legitimarlo. La Corte contesta que en la cláusula había un reconocimiento, y no una legitimación; ésta solo podía resultar del matrimonio mismo. Se trataba, pues, de saber si el reconocimiento quedaba válido á pesar de la caducidad del contrato de matrimonio. Dicho contrato no teniendo ningún vicio, debía aplicarse el art. 334; hecho por acta auténtica, el reconocimiento era válido, á reserva que el hijo contestase su sinceridad, lo que en el caso no era de sostenerse. Se podía objetar que la caducidad del matrimonio hacía caer el contrato de matrimonio y todas las disposiciones que encerraba. Esto es demasiado absoluto. Una acta puede contener disposiciones diversas y de naturaleza diferente; unas condicionales, que caían al caer la condición; otras puras y simples, subsistiendo porque son extrañas al matrimonio. Es verdad que el reconocimiento litigioso era el preliminar de la legitimación, pero ambos hechos no son inseparables; el reconocimiento puede, pues, ser mantenido, aunque no lo siga la legitimación. (1)

9 Si las partes que han redactado el contrato de matrimonio no pueden casarse porque un impedimento legal se opone á ello, ¿que sucederá con el contrato? Regularmente el matrimonio no podrá verificarse, lo que arrastrará la ca-

1 Grenoble, 6 de Agosto de 1861 (Dalloz, 1861, 2, 207).

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

ducidad del contrato. La hipótesis es en el fondo la misma que la que acabamos de preveer. Que las partes no puedan ó no quieran casarse, poco importa; en cualquier caso, el contrato no se concibe.

Pero puede suceder que el matrimonio se celebre á pesar del impedimento que ponía en él un obstáculo legal: ¿qué sucede entonces con el contrato? Cuando se dice que una acta es nula, esto quiere decir que la nulidad puede ser demandada. Si la nulidad del matrimonio es demandada y pronunciada, el contrato de matrimonio cae por aplicación del principio que acabamos de sentar (núm. 7); el matrimonio anulado es como si no se hubiera celebrado; por consiguiente, el contrato cae. No puede decirse que el contrato de matrimonio sea nulo, pues suponemos que en sí la acta es válida. No puede decirse que la nulidad del matrimonio tenga por efecto la nulidad de las convenciones matrimoniales; la ley no dice que la capacidad para casarse sea una condición requerida para la validez del contrato de matrimonio; el contrato no es, pues, nulo; aunque en el momento en que se hizo, los futuros esposos no eran capaces para casarse, todo cuanto puede decirse es que el contrato está subordinado á la celebración del matrimonio: si éste es anulado, no hay contrato de matrimonio, porque la condición bajo la que fué contraído, ha desfallecido. Si, de hecho, los esposos han vivido en comunidad, la anulación del matrimonio pondrá fin á esta comunidad de hecho; el juez la liquidará sin tener en cuenta las convenciones matrimoniales. Volverémos á tratar de la comunidad de hecho en el título *De la Sociedad*.

Estos principios reciben excepción cuando el matrimonio es putativo. Según los términos del art. 201, "el matrimonio que ha sido declarado nulo, produce, no obstante, los efectos civiles, tanto para con los esposos, como para con los hijos cuando ha sido contraído de buena fe." Uno de

los efectos civiles del matrimonio es validar las convenciones matrimoniales que lo han precedido; luego el contrato de matrimonio recibirá su ejecución á pesar de la anulación del matrimonio. Transladamos á lo que fué dicho en otro lugar acerca del matrimonio putativo.

Si la nulidad del matrimonio no es demandada, las convenciones matrimoniales producirán su efecto como si el matrimonio fuera válido. Esta es una consecuencia de los principios que rigen la nulidad de las actas. La acta nula, á diferencia de la acta inexistente, produce sus efectos como si no estuviera marcada por ningún vicio, mientras la nulidad no ha sido pronunciada por el juez. Luego el matrimonio, aunque nulo, valida las convenciones que lo han acompañado. No se diga que son nulas estas convenciones por haber sido consentidas por aquellos que no tenían capacidad para hacer un contrato de matrimonio, puesto que no eran capaces para casarse. Hemos contestado de antemano á la objeción: la capacidad para casarse no es una condición requerida para la validez de las convenciones matrimoniales; si estas convenciones caen cuando el matrimonio es anulado, esto es únicamente por caducidad; no son nulas, son ineficaces, en este sentido, que no pueden producir ningún efecto entre personas que no están casadas. Y mientras que el matrimonio no está anulado, hay personas casadas entre las que debe haber cualesquiera convención matrimonial; luego las que han sido pasadas ante notario, subsisten.

Así sucederá con más razón cuando la nulidad del matrimonio es relativa y que está cubierta. (1) El matrimonio es entonces plenamente válido, y, por consiguiente, no hay ya razón para que caiga el contrato de matrimonio; suponemos siempre que el contrato es válido por sí. Un hijo de familia, mayor de edad, hace un contrato de matrimonio;

1 Troplong, t. I, pág. 84, núm. 93 (Ed. belga).

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

luego, se casa sin el consentimiento de su padre y antes de tener veinticinco años. El contrato es válido y el casamiento nulo. Pero la nulidad solo es relativa; el padre confirma el matrimonio; esta confirmación equivale á un consentimiento. ¿Se dirá que el contrato de matrimonio es nulo porque el futuro no era capaz para contraer matrimonio? La ley ignora esta nulidad y no pertenece al intérprete crearla estableciendo una condición que la ley no ha prescripto.

10. La Corte de Casación de Bélgica ha aplicado estos principios en un caso singular. Según los términos del artículo 297, los esposos divorciados por consentimiento mútuo, no pueden contraer un nuevo matrimonio sino tres años después de la pronunciación del divorcio. Antes de la expiración de este plazo, uno de los esposos divorciados pasa un contrato de matrimonio y el matrimonio se celebra después de cumplidos los tres años. Se pretendió que el contrato de matrimonio era nulo. La Corte de Casación desechó estas pretensiones. El recurso invocaba el art. 297; esta disposición establece un impedimento á la celebración del matrimonio, pero no prohíbe fijar las convenciones matrimoniales en el plazo de tres años. Es verdad que de esto resulta que los esposos divorciados pueden impunemente desafiar la ley haciendo desde el día del divorcio un contrato de matrimonio, á reserva de celebrar el casamiento después del plazo fijado por ella. El recurso se prevalecía de esto para sostener que las convenciones matrimoniales eran nulas en virtud del art. 6 que prohíbe á los particulares derogar por sus convenciones á las leyes que interesan al orden público y á las buenas costumbres. La Corte contestó que las convenciones matrimoniales no tienen por sí nada de contrario al orden público ni á las buenas costumbres, aunque estén consentidas en un momento en que el matrimonio es imposible; el contrato se hace, en este caso, bajo la condición de que el matrimonio será celebrado. La sentencia agrega una reserva: "A no ser que esté comprobado por la misma acta ó por el juez del hecho que el contrato estaba exclusivamente destinado á regir un matrimonio prematuro contraído en desprecio de la ley." (1) Aun en este caso, el art. 6 sería inaplicable, puesto que ninguna ley estaría violada. En caso de divorcio, el matrimonio no podría ser anulado, no siendo prohibido el impedimento. Hay un vacío en la ley: impidiendo el matrimonio, hubiera debido prohibir las convenciones matrimoniales y sancionar esta prohibición, ya por nulidad, ya por una pena.

11. En el caso, el obstáculo que se oponía á la celebración del matrimonio era temporal, debía desaparecer por el plazo mismo. La cuestión es más difícil cuando el obstáculo se halla en la ley. Si el impedimento puede ser levantado mediante una dispensa, no hay mucha duda. El matrimonio está prohibido entre cuñados (art. 162); pero el gobierno puede levantar esta prohibición. Un contrato de matrimonio es redactado antes que las dispensas estén concedidas. ¿Será válido si después se contrae matrimonio con dispensas? La afirmativa nos parece segura; el contrato es condicional en este caso, en el sentido que válido por sí depende, en cuanto á su eficacia, de la celebración del matrimonio. El matrimonio siendo válido y el contrato no siendo manchado por ningún vicio, no se ve por qué las convenciones matrimoniales habían de ser nulas. Lo serían si la ley sentara como principio que la capacidad para casarse es una condición de la validez del contrato de matrimonio; pero repetimos que la ley no establece este principio. Luego desde que el matrimonio es válido, el contrato lo es también, suponiendo que el acta sea válida. (2)

¿Qué deberá decidirse si el impedimento no pudiera ser levantado por una dispensa? Así sucedía con el impedimen-

1 Denegada, 25 de Febrero de 1839 (*Pasicrisia*, 1839, 1, 20).
2 Aubry y Rau, t. V, pág. 241, y nota 17, pfo. 502 (4.ª edición).

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

to establecido entre cuñados por el art. 162 antes de la ley de 28 de Febrero de 1831, y en Francia antes de la ley de 16 de Abril de 1832. La Corte de Paris ha sentenciado que el contrato de matrimonio redactado antes de esta ley era válido si el matrimonio fué celebrado después de la ley con dispensa. Se ha criticado esta decisión; la creemos muy jurídica. El contrato es también condicional en el sentido de que su eficacia depende de un cambio en la legislación. Las leyes pueden ser cambiadas; de hecho, el art. 163 ha sido modificado en Francia y en Bélgica; ¿por qué las partes no pudieran contraer en previsión ó si se quiere en la esperanza de una ley nueva? Las objeciones que se han hecho contra la sentencia de la Corte de Paris no nos parecen serias. Se ataca el principio en el que se funda. La sentencia pudiera ser redactada mejor, pero el principio que aplica es incontestable. No hay, como se ha pretendido, una causa ilícita en el contrato de matrimonio hecho en un momento en que el matrimonio era legalmente imposible, pues si la ley prohíbe el casamiento, no prohíbe el contrato de matrimonio. Inducir la prohibición del contrato de la prohibición del matrimonio, es crear una prohibición y una nulidad; el intérprete no tiene este derecho. (1)

12. Hemos supuesto siempre que el contrato de matrimonio era válido; puede suceder que esté viciado por causas que le son propias y que el matrimonio también tenga vicios que lo hagan nulo. Hay entonces dos acciones de nulidad, independientes una de otra. La nulidad del matrimonio puede cubrirse si no es más que relativa. En este caso, el matrimonio será válido, aunque el contrato sea nulo; la comfirmación del matrimonio no implicará la confirmación del contrato; ambas actas son regidas por principios diferentes, aunque el uno sea preliminar del otro, como lo vamos

1 Paris, 9 de Febrero de 1860 (Dalloz, 1860, 2, 73, y la nota del sentenciista). El matrimonio había sido celebrado, en el caso, antes de la nueva ley, pero hubo una segunda celebración después de la publicación de la ley.

á decir al tratar de la capacidad para contraer qué se requiere para la validez del contrato de matrimonio. El principio, tal como lo acabamos de presentar, está admitido por la doctrina y la jurisprudencia. Troplong lo ha combatido estableciendo como principio la indivisibilidad del matrimonio y de las convenciones matrimoniales; esta opinión no ha encontrado eco. Vamos á volver sobre el principio y las objeciones que se han hecho. (1)

§ II.—Capacidad para contraer.

Núm. 1. Principio.

13. La capacidad para casarse ¿basta para hacer un contrato de matrimonio, ó es preciso además la capacidad para contraer y consentir las estipulaciones comprendidas en el contrato de matrimonio? Estos son ordinariamente los términos con los que se presenta la cuestión, y, en nuestro concepto, está así mal presentada. La capacidad para casarse, como lo acabamos de decir (núms. 7–12), no es una condición propiamente dicha de la validez del matrimonio; solo que como las convenciones matrimoniales no se conciben sin matrimonio, el contrato está necesariamente subordinado á la celebración del casamiento; de donde resulta que la nulidad del matrimonio arrastra la caducidad de las convenciones matrimoniales. En este sentido puede decirse que aquel que quiere hacer un contrato de matrimonio debe ser capaz para casarse; pero lo que prueba que esto no es una condición verdadera, es que el contrato puede ser válido aunque el matrimonio sea nulo, lo que sucede cuando éste, aunque viciado, no está anulado, ó cuando la nulidad se cubre por la confirmación. ¿Cuál es, pues, la capacidad necesaria para hacer un contrato de matrimonio? En teoría, la respuesta es bien sencilla. Aquel que hace un contrato de matrimonio

1 Aubry y Rau, t. V, págs. 231 y siguientes, y nota 10, pfo. 501.

to establecido entre cuñados por el art. 162 antes de la ley de 28 de Febrero de 1831, y en Francia antes de la ley de 16 de Abril de 1832. La Corte de Paris ha sentenciado que el contrato de matrimonio redactado antes de esta ley era válido si el matrimonio fué celebrado después de la ley con dispensa. Se ha criticado esta decisión; la creemos muy jurídica. El contrato es también condicional en el sentido de que su eficacia depende de un cambio en la legislación. Las leyes pueden ser cambiadas; de hecho, el art. 163 ha sido modificado en Francia y en Bélgica; ¿por qué las partes no pudieran contraer en previsión ó si se quiere en la esperanza de una ley nueva? Las objeciones que se han hecho contra la sentencia de la Corte de Paris no nos parecen serias. Se ataca el principio en el que se funda. La sentencia pudiera ser redactada mejor, pero el principio que aplica es incontestable. No hay, como se ha pretendido, una causa ilícita en el contrato de matrimonio hecho en un momento en que el matrimonio era legalmente imposible, pues si la ley prohíbe el casamiento, no prohíbe el contrato de matrimonio. Inducir la prohibición del contrato de la prohibición del matrimonio, es crear una prohibición y una nulidad; el intérprete no tiene este derecho. (1)

12. Hemos supuesto siempre que el contrato de matrimonio era válido; puede suceder que esté viciado por causas que le son propias y que el matrimonio también tenga vicios que lo hagan nulo. Hay entonces dos acciones de nulidad, independientes una de otra. La nulidad del matrimonio puede cubrirse si no es más que relativa. En este caso, el matrimonio será válido, aunque el contrato sea nulo; la comfirmación del matrimonio no implicará la confirmación del contrato; ambas actas son regidas por principios diferentes, aunque el uno sea preliminar del otro, como lo vamos

1 Paris, 9 de Febrero de 1860 (Dalloz, 1860, 2, 73, y la nota del sentenciista). El matrimonio había sido celebrado, en el caso, antes de la nueva ley, pero hubo una segunda celebración después de la publicación de la ley.

á decir al tratar de la capacidad para contraer qué se requiere para la validez del contrato de matrimonio. El principio, tal como lo acabamos de presentar, está admitido por la doctrina y la jurisprudencia. Troplong lo ha combatido estableciendo como principio la indivisibilidad del matrimonio y de las convenciones matrimoniales; esta opinión no ha encontrado eco. Vamos á volver sobre el principio y las objeciones que se han hecho. (1)

§ II.—Capacidad para contraer.

Núm. 1. Principio.

13. La capacidad para casarse ¿basta para hacer un contrato de matrimonio, ó es preciso además la capacidad para contraer y consentir las estipulaciones comprendidas en el contrato de matrimonio? Estos son ordinariamente los términos con los que se presenta la cuestión, y, en nuestro concepto, está así mal presentada. La capacidad para casarse, como lo acabamos de decir (núms. 7–12), no es una condición propiamente dicha de la validez del matrimonio; solo que como las convenciones matrimoniales no se conciben sin matrimonio, el contrato está necesariamente subordinado á la celebración del casamiento; de donde resulta que la nulidad del matrimonio arrastra la caducidad de las convenciones matrimoniales. En este sentido puede decirse que aquel que quiere hacer un contrato de matrimonio debe ser capaz para casarse; pero lo que prueba que esto no es una condición verdadera, es que el contrato puede ser válido aunque el matrimonio sea nulo, lo que sucede cuando éste, aunque viciado, no está anulado, ó cuando la nulidad se cubre por la confirmación. ¿Cuál es, pues, la capacidad necesaria para hacer un contrato de matrimonio? En teoría, la respuesta es bien sencilla. Aquel que hace un contrato de matrimonio

1 Aubry y Rau, t. V, págs. 231 y siguientes, y nota 10, pfo. 501.

aun no se casa; luego no necesita de la capacidad para casarse. ¿Qué hace? Contrae; luego debe tener capacidad para contraer. Ordinariamente hace más que obligarse, enajena disponiendo de sus bienes muebles ó inmuebles; debe, pues, tener capacidad para enajenar.

¿El Código consagra esta teoría? Cosa notable, nada dice de la capacidad requerida para hacer un contrato de matrimonio; esto decide la cuestión. En efecto, por esto solo que la ley no deroga á los principios generales que rigen á los contratos en general, ésta los mantiene. ¿Cuáles son estos principios? En el título *De las Obligaciones*, hay un capítulo titulado: *De las condiciones esenciales para la validez de las convenciones.* Una de estas condiciones es la capacidad para contraer. Esta es una condición general y esencial de todo contrato; no se concibe que la ley declare á un incapaz propio para contraer. La ley envuelve á los incapaces con una protección especial; determina las condiciones y las formas que deben ser observadas cuando contrae un incapaz, con el fin de resguardar los intereses de aquellos que no pueden por sí vigilar sus derechos. ¿Puede suponerse que haya olvidado esta solicitud cuando se trata del contrato más importante, del contrato de matrimonio que rige á las partes contratantes durante toda su vida, y que no pueden ni revocar ni modificar su consentimiento mútuo?

14. Hay una opinión contraria según la que la capacidad para casarse basta para consentir las convenciones matrimoniales; de manera que los incapaces á los que la ley permite casarse, serían por esto mismo hábiles para hacer un contrato de matrimonio. (1) Se invoca en apoyo de esta doctrina, un antiguo adagio que se formula de diferentes modos: *Habilis ad matrimonium, habilis ad matrimonii consequentias;* ó: *Habilis ad nuptias, habilis ad pacta nuptialia.* El adagio

1 Demante, t. VI, pág. 25, núm. 15. "El favor de las convenciones matrimoniales es tal, que toda persona capaz para casarse debe ser por esto mismo capaz para consentirlas."

es verdad en cierto sentido; es falso si se entiende como acabamos de decirlo. Hay personas que la ley declara incapaces para contraer: éstas son los menores y los incapacitados (art. 1,124). Las personas colocadas bajo consejo judicial no están marcadas de incapacidad absoluta, pero el Código les prohíbe consentir las convenciones más importantes sin la asistencia de su consejo (art. 499, 513). Aunque declarados incapaces para contraer, los menores y las personas colocadas bajo consejo pueden casarse; se admite generalmente que los incapacitados tienen el mismo derecho. Pudiendo casarse los incapaces, la ley debió autorizarlos para hacer un contrato de matrimonio, pues no hay matrimonio sin convenciones matrimoniales expresas ó tácitas. Si se casan sin haber redactado una acta de sus convenciones matrimoniales, estarán casados bajo el régimen de la comunidad legal que, en este caso, será su contrato de matrimonio. Si pueden consentir tácitamente un régimen, deben de tener el derecho de hacer un contrato ante notario. ¿Es esto decir que los incapaces pueden, sin condición ninguna y sin ninguna garantía, consentir toda clase de convenciones matrimoniales? Desde que se presentan ante un notario para hacer un contrato de matrimonio, deben tener capacidad para contraer. Esta capacidad no la tienen; no pueden, pues, hacer un contrato de matrimonio, á no ser que llenen las condiciones y formas que la ley prescribe para cubrir su incapacidad y resguardar sus intereses. Esto es el derecho común; y como la ley no lo deroga en lo que concierne á las convenciones matrimoniales, los incapaces quedan sometidos á él. De esto resulta cierta anomalía; los incapaces pueden casarse bajo el régimen de la comunidad legal, sin observar ninguna forma; luego sin ninguna garantía; y no podrían consentir una comunidad reducida á los gananciales, aunque esta comunidad sea un régimen más favorable á los esposos que la comunidad legal. Se contesta, y legalmente la contestación

es perentoria, que la ley, al hacer de la comunidad llamada legal, el régimen del derecho común, la consideró por esto mismo como el régimen más favorable; se concibe, pues, que este régimen haya sometido á los incapaces á la naturaleza de este contrato garantizando suficientemente sus intereses. Pero desde que quieren derogar, la derogación pudiéndoles ser perjudicial, la ley quiere que estén protegidos por la observación de las condiciones y de las formas que tiene establecidas en su favor.

Es en este sentido que el Código aplica el adagio á los menores. El art. 1,398 comienza por decir que «el menor hábil para contraer matrimonio está hábil para consentir *todas las convenciones* de que es susceptible este contrato. Hé aquí la tradición del adagio latino. Si el artículo no dijera otra cosa, se podía deducir que la ley liberta á los incapaces, cuando menos á los menores, de la incapacidad que los aflige cuando se trata de convenciones matrimoniales. Pero el art 1,398 agrega una restricción á lo que acabamos de decir, esta restricción consagra la incapacidad tal como acabamos de aplicarla. «Y las convenciones y donaciones que hace en él son válidas *siempre que lo hayan asistido* en su contrato las personas cuyo consentimiento es necesario para la validez del matrimonio». Así, no es verdad que el menor pueda consentir las convenciones matrimoniales por el solo hecho de estar hábil para contraer matrimonio; queda incapaz para contraer, y es porque es incapaz como la ley quiere que esté asistido; esta asistencia cubre su incapacidad. Si, pues, el menor puede hacer un contrato de matrimonio, no es porque esté hábil para contraer matrimonio, es porque está asistido.

15. Se da también otro sentido al adagio según el que aquel que está hábil para casarse lo está para consentir todas las convenciones matrimoniales; esto es, que los incapaces que pueden casarse quedan por esto mismo habilitados para hacer un contrato de matrimonio, de manera que la capacidad para el matrimonio cubre la incapacidad para contraer. Se funda esta doctrina en el principio de la indivisibilidad de las convenciones matrimoniales y del matrimonio. Desechamos el pretendido principio, así como las consecuencias que se deducen de él. Lejos de ser indivisible, el matrimonio y el contrato son dos convenciones de naturaleza esencialmente diferente y regidas por principios diferentes. El contrato de matrimonio es una convención relativa á los bienes de los futuros esposos, convención de interés pecuniario de la que se trata en el libro que se refiere á las obligaciones convencionales. La clasificación marca la voluntad del legislador: puesto en la misma línea que la venta, el contrato de matrimonio está sometido á las reglas que rigen á todos los contratos; luego al art. 1,108 que coloca la capacidad entre las condiciones esenciales para la validez de las convenciones. El matrimonio también es un contrato; pero, cosa notable, la ley no le da este nombre: trata de él en el primer libro, consagrado á las personas. La clasificación separa, pues, los dos contratos, el matrimonio y las convenciones matrimoniales, bien que estén unidos por un lazo estrecho. Y la separación es muy significativa. El matrimonio es un contrato de estado personal; todo en él es de orden público, por eso la ley reglamenta todo lo que se refiere á las condiciones y efectos del matrimonio, nada se deja á las convenciones de las partes interesadas. Toda derogación que hicieran éstas á las leyes de orden público están por esto mismo heridas de nulidad. De otra manera pasa con el contrato de matrimonio; la primera regla que tiene el título dice que la ley no rige la asociación conyugal en cuanto á los bienes sino á falta de convenciones especiales que los esposos pueden hacer como gusten. Esta es la regla general para todos los contratos de interés pecuniario; la ley no impone su

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

voluntad á aquellos que contraen, solo reglamenta los efectos de su voluntad presunta, á reserva que las partes manifiesten una voluntad contraria.

Dos contratos de una naturaleza esencialmente diferente, regidos por principios diferentes, ¿pueden ser indivisibles? Esto implica contradicción, pues esto sería aplicar á un orden de cosas, principios que han sido establecidos para un orden de cosas enteramente distinto. La ley organiza el matrimonio en vista del interés general; es la base de la moralidad; hé aquí por qué la ley lo autoriza en una edad en que en nuestros climas se es niño todavía; lo favorece no admitiendo la demanda por nulidad sino en los casos que ella prevee; aunque obra la acción de nulidad, limita á ciertas personas el derecho de intentarla, y cuando no hay un interés social en causa, permite fácilmente cubrir la nulidad por una confirmación. ¿Se aplican estos principios al contrato de matrimonio en virtud de la pretendida indivisibilidad de las dos convenciones? Esto no sería aplicar la ley, sería violarla, pues se extenderían reglas escritas en interés social á un orden de cosas en que se trata de intereses pecuniarios.

16. ¿Qué dice Troplong en apoyo de la indivisibilidad de que solo es defensor? (1) Pregunta si las dotes no se ligan al interés público; pregunta si no es en vista del orden público que la ley declara el contrato de matrimonio sagrado é inmutable. Nó, las dotes no son de orden público; dota quien quiere, y las partes arreglan sus dotes como lo entienden. ¿Qué importa que el contrato de matrimonio no pueda ser modificado? Dirémos más adelante cuáles son las razones de esta inmutabilidad. Nada tienen de común con la indivisibilidad del contrato y del matrimonio; aun en lo que se refiere á la inmutabilidad, ambos contratos difieren esencialmente. El matrimonio no puede ser disuelto sino por las causas las más graves; mientras que el contrato de

1 Troplong, *Contrato de matrimonio*, t. I, pág. 90, núm. 112.

matrimonio puede romperse á pedimento de la mujer, cuando sus intereses pecuniarios están comprometidos. Así, las razones que se alegan nada prueban ó testifican en contra del principio de la indivisibilidad.

Este pretendido principio no encontró eco. La jurisprudencia lo rechaza terminantemente, así como á las consecuencias que de él proceden. Las cortes invocan un argumento perentorio, esto es, el texto. El Código ignora el principio de la indivisibilidad; ignora la máxima: *Habilis ad nuptias, habilis ad nuptiarum consequentias*, cuando menos en el sentido que se le quiere dar. La Corte de Agen dice muy bién: «el matrimonio y el contrato de matrimonio, aunque íntimamente ligados, no siendo actas de igual orden y de igual importancia, están sometidas á reglas propias y particulares. Ninguna ley lo ha confundido á tal punto que sea imposible mantener el matrimonio sin mantener también las convenciones civiles. No hay más indivisibilidad entre el matrimonio y el contrato que la que hay en las diversas disposiciones del mismo contrato de matrimonio. Se concibe muy bien que el contrato encierre cláusulas de las que unas estén conformes con la ley y otras contrarias á ella y que, por consiguiente, haya lugar á mantener las primeras y anular las segundas.» Así mismo, el matrimonio puede ser válido ó validado, mientras que las convenciones son y quedan nulas. (1)

17. Dirémos más adelante las consecuencias diferentes que proceden de ambos principios opuestos. Por ahora, basta recordar las diferencias elementales que están escritas en la ley. El mayor de edad, dice el art. 488, es capaz para todos los actos de la vida civil, excepto la restricción citada en el título *Del Matrimonio*. ¿Cuál es esta restricción? Es que el hijo de familia que no llega á veinticinco años no puede contraer matrimonio sin el consentimiento de sus pa-

1 Agen, 21 de Julio de 1857 (Dalloz, 1857, 2, 168). Compárese Pau, 31 de Julio de 1855 (Dalloz, 1856, 2, 249).

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

dres. ¿Es que esta restricción existe también para las convenciones matrimoniales? Nó, el art. 488 no translada al título *Del Contrato de Matrimonio,* y no se encuentra en él ninguna disposición que restrinja la capacidad del mayor de edad. Así, aquel que está hábil para casarse lo está para hacer un contrato de matrimonio; el matrimonio contraído sin el consentimiento de los padres sería nulo, mientras que el contrato de matrimonio sería válido. Lo que prueba que no hay indivisibilidad entre ambas convenciones.

Mencionarémos todavía una diferencia que resulta del art. 187 para citar una excelente sentencia de la Corte de Casación. Cuando la nulidad del matrimonio es de orden público, todos aquellos que tienen interés en él pueden intentar la acción, á reserva que los colaterales no puedan promover sino cuando tienen un interés nato y actual. ¿Esta restricción se aplica también á la nulidad del contrato de matrimonio? La negativa es segura; la Corte de Casación la ha establecido en términos que condenan á la doctrina de Troplong: "El matrimonio y el contrato de matrimonio, aunque íntimamente ligados, no siendo actas de igual orden y de igual importancia, tienen cada uno sus reglas propias y particulares." De esto sigue: "que las disposiciones hechas por contrato de matrimonio pueden ser argüidas de nulidad, sin que por esto el matrimonio, cubierto con la protección de la ley, sea susceptible de ser atacado por la misma persona y en el mismo plazo." La Corte concluye: "que no se puede prevalecerse de las denegadas establecidas por el Código Napoleón, contra la acción de los colaterales por nulidad de matrimonio, para sostener que estos colaterales no son admisibles para atacar las disposiciones hechas en el contrato de matrimonio. (1)

Núm. 2. De los incapaces.

18. Un menor, un incapacitado, una persona colocada ba-

1 Denegada, Sala Criminal, 23 de Diciembre de 1856 (Dalloz, 1857, 1, 17).

jo consejo, se casan sin hacer contrato de matrimonio: ¿bajo qué régimen están casados? Bajo el de la comunidad legal. Los arts. 1,393 y 1,400 lo deciden así para todos aquellos que se casan sin contrato; la ley, siendo general, hay que aplicarla á todas las personas, á las que son incapaces como á las que son capaces. Se objeta que la comunidad legal que existe entre los esposos, á falta de contrato, resulta de su voluntad tácita, lo que supone que son capaces para querer. Lógicamente así debía de ser; ¿se concibe que aquel que no está capaz para consentir de un modo expreso, lo esté para consentir tácitamente? Contestarémos que los principios del Código, en materia de contrato de matrimonio, así lo quieren. Los que se casan deben necesariamente obtar por un régimen cualquiera (núm. 2); de esto, las disposiciones de los arts. 1,400 y 1,393. Esto es verdad para los incapaces como para las personas capaces. Por otro lado, la ley no obliga á los incapaces á redactar un contrato de matrimonio; pueden casarse sin contrato, y, por consiguiente, están casados bajo el régimen de la comunidad que la ley estableció á falta de contrato.

La respuesta es legal más bien que racional. Cuando se trata de un menor, la razón está de acuerdo con el derecho, en este sentido, que los padres que consienten á su matrimonio sin contrato, consienten por esto mismo á que se casen bajo el régimen de la comunidad legal, siendo tal el derecho común para todos aquellos que se casan sin hacer contrato; y la ley da á las personas cuyo consentimiento es necesario para la validez del matrimonio, el poder de habilitar al menor para consentir toda clase de convenciones matrimoniales; su consentimiento tácito debe, pues, bastar para validar el régimen de la comunidad legal que el menor adopta al casarse sin contrato.

En cuanto al incapacitado, todo está controvertido. Si se admite que pueda casarse, hay que admitir también que,

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

á falta de contrato, está regido por la comunidad legal. Está, sin embargo, incapaz para hacer contratos de interés pecuniario, y pudiera ser de interés suyo estipular otro régimen y no el de la comunidad legal. Hay anomalía, que acusa un vacío en la ley.

Quedan los pródigos y los débiles de espíritu. Pueden casarse, y pueden también contraer, en ciertos límites. La ley los declara capaces para enajenar (arts. 499 y 513); y la comunidad legal implica una enajenación, puesto que los esposos abdican en provecho de la comunidad el usufructo de sus inmuebles y la propiedad de su fortuna mueble. Se contesta que la enajenación es más aparente que real, los esposos adquiriendo como socios lo que pierden como propietarios. Para el marido, la respuesta es buena, pero la mujer puede perder toda su fortuna mueble si la comunidad es mala. Hay, pues, igualmente anomalía; es decir, vacío en la ley, imprevisión del legislador. (1) El Código supone que el régimen de la comunidad resguarda y concilia todos los intereses; esta suposición no está siempre fundada. En nuestro concepto, la comunidad de gananciales hubiera sido mejor para los incapaces; es seguro que, de hecho, forma el derecho común de aquellos que se casan redactando un contrato de matrimonio.

19. ¿Pudiendo los incapaces hacer un contrato tácito, deberá concluirse que también pueden hacer un contrato expreso? Nó; el contrato tácito está establecido por la ley, y la ley cuida ó se considera como cuidando los intereses de los esposos estipulando por ellos. Pero si los futuros esposos no quieren someterse á la comunidad legal, si quieren estipular otras cláusulas ó hacer donaciones por contrato de matrimonio, caen bajo el imperio del derecho común; contratan y deben ser capaces para ello. Si son incapaces, la ley cubre su incapacidad por una asistencia ó una protección

1 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 33, núm. 15 *bis* XIV.

cualquiera. Esto es lo que los autores del Código han hecho para el menor, pero han olvidado á los incapacitados y á las personas colocadas bajo consejo, y de ahí la gran dificultad. Comenzarémos por los menores.

I. Los menores.

1. ¿Bajo qué condiciones pueden hacer un contrato de matrimonio?

20. Se lee en el discurso del tribuno Siméon: «Como no hay menor edad para el matrimonio, no la hay para las convenciones que son su accesorio. Sería extraño que aquel que dispone de su persona no pudiera en esta ocasión disponer de sus bienes. La autorización del tutor ó de los padres, que consagra su compromiso, basta con más razón para consolidar los pactos y excluir todo arrepentimiento y toda restitución.» (1) La Corte de Casación se expresa en el mismo sentido, diciendo que la ley considera al menor como mayor de edad para el matrimonio y para las consecuencias de que es susceptible. (2) Esta es la traduccion del art. 1,398, pero, en nuestro concepto, es una mala traducción, pues hace decir á la ley otra cosa de lo que dice. Para que el menor pueda hacer un contrato de matrimonio es necesario una condición que implica su incapacidad, es que las convenciones y disposiciones que él hace en su contrato solo son válidas cuando han sido asistidos por las personas cuyo consentimiento es necesario para la validez del matrimonio. La Corte de Casación ha reproducido esta condición que destruye los principios que ha formulado. No es, pues, verdad que el menor esté reputado como mayor de edad en cuanto á las convenciones matrimoniales. ¿Es que un mayor de edad tiene necesidad de una asistencia cualquiera para contraer? El menor debe ser asistido; luego es incapaz; luego no

1 Siméon, *Discursos*, núm. 16 (Locré, t. VI, pág. 461).
2 Casación, 22 de Febrero de 1869 (Dalloz, 1869, 1, 179).

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

es mayor de edad. ¿Se quiere una prueba evidente? Los padres de un menor consienten por acta auténtica á su matrimonio: hélo aquí hábil para casarse. ¿Quiere esto decir que también lo está para hacer un contrato de matrimonio? Se presenta ante un notario provisto del acta de consentimiento de su matrimonio; ¿podrá el notario recibir sus convenciones matrimoniales, en virtud del acta que lo habilita para casarse? No seguramente; el notario le opondrá el final del art. 1,398, según los términos del que el menor debe ser asistido *en su contrato de matrimonio*, por las personas que ya consintieron en su casamiento. Se necesita, pues, un doble consentimiento: uno para el matrimonio y otro para el contrato de matrimonio, prueba de que el menor es siempre menor é incapaz.

Troplong cita las palabras de Siméon y las toma al pie de la letra. Da singulares razones para justificar el pretendido principio de la capacidad del menor. (1) "El matrimonio hace al hombre más prudente y más sábio." El autor desarrolla este pensamiento á su manera, sin apercibirse que la sabiduría que sigue al matrimonio no prueba la sabiduría que lo precede. Y es en el momento en que el menor contrae, cuando debe ser sábio y prudente, si no se preparará á menudo amargos desengaños. Troplong agrega que la presencia y el consentimiento de los padres salva todos los inconvenientes. Supongamos que así sea: esto equivale á decir que los padres contraen y no el menor. Así sucede desgraciadamente con el mismo matrimonio; ¿acaso una niña de quince años, de doce, entiende la gravedad de la unión que contrae? Mucho menos entiende las estipulaciones relativas á sus bienes; ni siquiera entiende los términos y el lenguaje del acta que firma. En realidad, no es ella quien consiente, sino sus padres. En el derecho antiguo se sentía lo que tiene de extraño y peligroso semejante contrato; por eso no se

1 Troplong, *Contrato de matrimonio*, t. 1, pág. 136, núms. 268-271.

permitían á los menores estipulaciones derogando á la comunidad legal, y que pudieran ser peligrosas, ó si se permitían, esto era con restricciones; así, el menor no podía amueblar sus inmuebles sino hasta concurrencia de la tercera parte. El Código no admitió estas restricciones; da al menor asistido la misma capacidad que al mayor de edad. Esto nos parece excesivo. No aprobamos una ley que permita á jóvenes comprometer todo su porvenir contrayendo matrimonio, y tampoco aprobamos una ley que les permite disponer de sus bienes. No toca á los padres consentir, pues ellos no son los que se casan, toca á los hijos, luego se debiera exigirles edad de razón; es decir, su mayor edad. Todo cuanto puede decirse para justificar el art. 1,398, es que es una consecuencia lógica del principio que rige el matrimonio: si el menor puede casarse á los quince años, y en caso de necesidad á los doce, es también necesario permitirle hacer toda clase de convenciones matrimoniales; las restricciones podían impedir la unión ó hacerla fracasar, y el objeto de la ley es precisamente favorecer el matrimonio dejando en plena libertad á las partes interesadas. (1)

21. El Código deroga el derecho común en lo que se refiere á las convenciones matrimoniales de los menores; permite al menor asistido de sus padres hacer toda clase de estipulaciones en su contrato de matrimonio, particularmente donaciones (art. 1,398). El art. 1,095 contiene á este respecto, la siguiente disposición: "El menor no podrá, por contrato de matrimonio, dar al otro esposo sino con el consentimiento y la asitencia de aquellos cuyo consentimiento está requerido para la validez de su matrimonio; y con este consentimiento podrá dar todo lo que la ley permite dar al otro cónyuge." La derogación es grave, pues en principio, el menor no puede dar entre vivos, ni el tutor en su nombre

1 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 25, núm. 15 *bis* I.

(arts. 903 y 904). Se aplica lógicamente, como acabamos de hacerlo (núm. 20); pero es una extraña anomalía que un joven que no pueda dar un céntimo á un extraño ó á un pariente cercano, pueda disponer de toda su fortuna en provecho de la cónyuge.

Según el derecho común, el tutor representa al menor en todos los actos civiles (art. 450), mientras que según los términos del art. 1,398, el menor consiente las convenciones matrimoniales; el es quien habla en el contrato, el tutor solo figura para autorizarlo. Se da como razón de esta excepción que el menor interviniendo personalmente en el contrato que se perfecciona ante el oficial del estado civil, es natural el hacerlo hablar también en el accesorio de este contrato que el notario recibe. (1) La razón es débil; se concibe que el menor deba consentir en el matrimonio sin intermedio de su tutor, pero el contrato de matrimonio, relativo á loa bienes y á los intereses pecuniarios del menor, entra en la categoría de los actos que el tutor tiene misión de desempeñar. Hay otra razón que explica la derogación. El tutor no puede representar al menor en actos que no tiene derecho de hacer; tales son las donaciones, y no hay muchos contratos de matrimonio sin donación.

Tal es también la razón por la que el menor no está asistido por su tutor en el contrato de matrimonio; lo está por aquellos cuyo consentimiento le es necesario para casarse. La asistencia del tutor sería una autorización, y ¿cómo el autor autorizaría al menor para hacer una acta que él mismo no tiene derecho de hacer en su nombre? Se dice, con razón, que el contrato de matrimonio es un pacto entre dos familias; es, pues, natural que la familia intervenga por intermedio de los parientes más cercanos del menor.

22. ¿A qué edad puede el menor hacer un contrato de matrimonio? El art. 1,398 exige que esté hábil para casarse; y

1 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 26, núm. 15 *bis* I.

se sabe que el hombre no puede contraer matrimonio antes de diez y ocho años cumplidos y la mujer antes de quince. Le permite, sin embargo, al Jefe del Estado conceder dispensa de edad; las dispensas habilitando al menor para casarse, lo habilitan por esto mismo para hacer un contrato de matrimonio, se entiende que con asistencia. (1)

¿Debe considerarse como menor, en cuanto al matrimonio, al hijo de familia que tiene veintiun años? Odier dice que esto es evidente. (2) Hay que meditar antes de pronunciar la palabra *evidente*, en derecho. Odier ha quedado solo con su opinión, y puede decirse, sin presunción, que su error es evidente. El art. 1,398, el único que habla de la capacidad requerida para casarse, dice que el menor puede hacer un contrato de matrimonio desde que tiene la edad de quince ó diez y ocho años; la ley nada dice del mayor de edad; éste queda bajo el imperio del derecho común; y á la mayor edad se es capaz para todos los actos de la vida civil (artículo 489). Esto decide la cuestión en cuanto al texto y á los principios. ¿Se invocará el espíritu de la ley? El artículo 1,398 extiende la capacidad del menor; ¿puede prevalecerse de una disposición *extensiva*, en lo que toca á la capacidad del menor, para *restringir* la capacidad del mayor? Esto sería absurdo.

23. El menor, dice el art. 1,398, debe estar asistido por las personas cuyo consentimiento es necesario para la validez del matrimonio. ¿Quién debe consentir en el matrimonio? Transladamos á lo que fué dicho en el título que es el sitio de la materia.

Regularmente los padres están llamados á consentir en el matrimonio y en las convenciones matrimoniales; á falta de éstos los abuelos. Consienten en calidad de ascendientes,

1 Duranton, t. XIV, pág. 13, núm. 14. Bastia, 3 de Febrero de 1836 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 459).
2 Odier, t. II, pág. 15, núm. 607. En sentido contrario, Colmet de Santerre, t. VI, pág. 26, núm. 15 *bis* II.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

por consiguiente, aunque no sean tutores. El art. 1,398 no menciona al tutor; éste, como tal, no tiene, pues, calidad para asistir al menor en su contrato de matrimonio. Lo mismo pasa con el padre que se excusa y con la madre que el consejo no mantiene con la tutela, ó que la ley la ha declarado decaída de ella. (1) Aunque el ascendiente fuera destinado á la tutela, no por eso dejaría de tener el derecho y el deber de asistir al hijo menor. Esto es una anomalía, como se encuentran muchas en esta materia.

El principio conduce á otras consecuencias. Según los términos del art. 420, el tutor no puede representar al menor cuando hay oposición de intereses entre él y su pupilo; es el subrogado tutor quien lo substituye. Se pregunta si el ascendiente cuyos intereses están en conflicto con los del menor puede asistirlo en su contrato de matrimonio. La afirmativa ha sido sentenciada por la Corte de Casación, y no es dudosa. (2) Se debe apartar el art. 420, puesto que el ascendiente, suponiendo que sea tutor, no interviene como tal. Queda el art. 1,398 que no hace excepción al poder del ascendiente, y el intérprete no puede crear excepciones. Esto es una nueva anomalía: Cuando el ascendiente está colocado entre su interés y su deber, su intervención es una garantía insuficiente para el menor, puede constituir un peligro. La Corte de Casación procura justificar la ley diciendo que si el ascendiente, á pesar de la oposición de intereses que existe entre él y el menor, puede autorizarlo para casarse; es decir, á hacer el acto más importante de su vida y que compromete en el más alto grado los intereses del menor, presenta cuando menos las mismas garantías para habilitarlo para hacer convenciones matrimoniales. Sin duda la ley debe descargar en el afecto del ascendiente; sin embargo, cuando es tutor la ley no quiere colocarlo entre su deber y su interés,

1 Aubry y Rau, t. V, pág. 242, nota 19, pfo. 502 (4.ª edición).
2 Casación, 22 de Febrero de 1869 (Dallos. 1869, 1, 179).

y tiene razón. ¿Por qué tendrá la ley más confianza en el ascendiente cuando está llamado á asistir al menor en su contrato de matrimonio?

No es necesario decir que el art. 1,398 dejaría de ser aplicable si las convenciones del contrato de matrimonio fueran extrañas á la asociación conyugal. El ascendiente, como tal, no tendría ninguna calidad para consentirlas; la disposición del art. 1,398 es excepcional; luego de estricta interpretación. Fuera de las convenciones matrimoniales, se entra en el derecho común, y, por consiguiente, el menor debe ser representado por su tutor; si hay oposición de intereses entre el ascendiente tutor y el menor, se aplica el artículo 420. La Corte de Casación ha hecho la aplicación de este principio á un contrato de casamiento por el que un padre instituía á su hija heredera universal de todos sus bienes, con cargo de darle una renta vitalicia de 20,000 francos anuales, y de pagar las deudas del donante, importando 850,000 francos. La institución contractual es esencialmente una convención, puesto que no puede ser hecha sino por contrato de matrimonio. Pero, en el caso, la Corte de Apelación había resuelto que la pretendida donación solo era una liberalidad en la forma, que en realidad era un contrato aleatorio por el que la hija menor se encargaba á sus riesgos, liquidar la situación crítica de su padre, operación que implicaba una lesión enorme en su perjuicio. No era, pues, una donación, ni una convención matrimonial, por lo tanto, el art. 1,398 no era aplicable. (1)

24. El art. 1,398 quiere que el menor esté *asistido en su contrato*. ¿Qué se entiende por asistencia? Es más que consentimiento; aquel que asiste en un contrato consiente en presencia de las partes y en el momento del contrato. Decimos que la asistencia es más que el consentimiento; la ley misma lo dice; el art. 1,095 que contiene una disposición

1 Misma sentencia y denegada, Sala Civil, 10 de Diciembre de 1867 (Dalloz, 1867, 1, 475).

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

idéntica con la del art. 1,398, exige el *consentimiento y la asistencia;* luego un consentimiento que se da asistiendo. Esto implica la presencia. El art. 1,398 contiene una expresión igualmente significativa que presenta el mismo sentido: las personas cuyo consentimiento es requerido para la validez del matrimonio, deben asistir al menor *en el contrato,* conteniendo las convenciones matrimoniales. ¿Puede decirse del que no está presente que *asiste en el contrato?* Nó; luego el consentimiento dado por acta no bastaría. Esto también está fundado en la razón. Cuando se trata del matrimonio celebrado ante un oficial del estado civil, el consentimiento puede darse por acta auténtica (art. 74), porque consiste en decir: sí; no hay otra deliberación, ningún debate. No sucede lo mismo con las convenciones matrimoniales; éstas se discuten en el estudio del notario, por la excelente razón que el notario tiene misión de ilustrar á las partes acerca de las convenciones que se proponen hacer; desde luego, importa que aquellos que deben *asistir* al menor estén presentes; aprovecharán de las luces de la discusión y ellos mismos necesitan de ilustrarse, pues es necesario ser jurisconsulto, y jurisconsulto consumado para entender la importancia y los efectos de las convenciones matrimoniales. (1)

La interpretación que damos á la palabra *asistencia* no es admitida por todos. Uno de nuestros buenos autores, Colmet de Santerre, dice que esta expresión comprende la ayuda, el socorro, la aprobación, lo que necesariamente no implica la presencia; se puede ayudar con consejos escritos tanto como con consejos orales. Es lógico, se dice, que la ley que admite la autorización por escrito en materia de matrimonio, no se muestre más exigente cuando se trata del contrato accesorio. (2) La lógica es engañadora en el caso,

1 Compárese Rodiére y Pont, t. I, pág. 28, núm 42.
2 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 27, núm. 15 *bis* III.

porque el contrato accesorio relativo á los bienes, difiere esencialmente del contrato principal referente á las personas; el primero exige una deliberación, mientras que el otro se hace cuando la decisión está tomada, solo exige un simple: *sí.*

Se admite generalmente que hay asistencia suficiente cuando las personas llamadas á asistir al menor dan su consentimiento en una acta auténtica, relatando los pormenores de las convenciones y disposiciones á las que entienden conceder su adhesión. (1) Es verdad que semejante acta es más que un simple consentimiento; el acta supone una deliberación que se hace fuera de la presencia del oficial público, sin contradicción de la parte adversa, no presenta para el menor la ventaja de un debate contradictorio; luego el objeto de la ley no se alcanza; no puede decirse que el menor esté *asistido en su contrato.* Hay otra objeción contra esta interpretación, es que no está en armonía con el texto del Código. Se contesta que la aplicación literal de la ley arrastra dificultades casi insuperables, cuando es el consejo de familia quien debe asistir al menor. ¿Se concibe que un consejo de familia, presidido por el juez, delibere en presencia del notario y de las partes contratantes? (2) La dificultad es real, pero decir que es *casi* insuperable, es confesar que puede superarse; es decir, que la ley entendida en su sentido literal es practicable; desde luego, no hay ya razón para apartarse del texto.

25. En la opinión general, se presentan nuevas dificultades. ¿Cómo el ascendiente ó el consejo de familia formulan su consentimiento? ¿Pueden hacerse representar por un mandatario? Se ha sostenido así, pero esta opinión no encontró eco. (3) Sin duda, se puede generalmente hacer por

1 Aubry y Rau, t. V, pág. 244, y nota 28, y las autoridades que allí son citadas.
2 Aubry y Rau, t. V, pág. 224, nota 29. Colmet de Santerre, t. VI, página 28, núm, 15 *bis* IV.
3 Rodiére y Pont, t. I, pág. 29 núm. 42. En sentido contrario, Aubry y Rau, t. V, pág. 244 y nota 29.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

medio de un mandatario lo que se puede hacer personalmente. Pero este principio no es ya aplicable cuando se trata del ejercicio de un poder; éste no se delega. Y la ley da un poder á los ascendientes y á la familia por razón de la liga de afectos que los unen al menor; el afecto y la liga de la sangre no se transmiten por vía de poder: ¿se concebiría que el padre diese mandato para consentir el casamiento de su hijo? Puede consentirlo por acta, pero él es quien consiente, no delega su poder. Hay igual razón para decidir por lo que se refiere á las convenciones matrimoniales. Si, pues, se quiere conformarse con un consentimiento por escrito, es menester una acta redactada de manera á dar al menor la misma garantía que con la asistencia personal, en tanto como esto sea posible. La doctrina y la jurisprudencia están acordes en decir que el acta debe contener una aprobación pormenorizada de las convenciones matrimoniales que el menor está autorizado á consentir. Si á consecuencia de los debates ante el notario, las partes modificasen el proyecto tal cual fué aprobado por el ascendiente ó por el consejo de familia, habría necesidad de un nuevo consentimiento y, por consiguiente, una nueva deliberación del consejo de familia.

26. La jurisprudencia está en este sentido y se demuestra muy severa en lo que se refiere á la asistencia de los consejos de familia. Una hija menor, de diez y siete años de edad, hace un contrato de matrimonio por el que el supervivente de los esposos, en caso de muerte de los hijos, era donatario del usufructo de los bienes del difunto; y el marido solo aportaba 2,000 francos, mientras que la mujer poseía varios inmuebles. La menor estaba asistida por tres delegados del consejo de familia encargados por deliberación para autorizarla en las actas civiles que debían preceder al matrimonio. La mujer murió cinco meses después de la selebración del matrimonio; sus herederos atacaron la donación; la Corte de Douai pronunció su anulación por motivo que el consejo de familia no había aprobado la donación, de la que ni siquiera tenía conocimiento. En el recurso intervino una sentencia de denegada; la Corte invoca las circunstancias de la causa que acabamos de relatar y concluye que los miembros del consejo delegados no habían recibido poder para autorizar la donación y no habían podido representar válidamente al consejo de familia; la donación era, pues, nula como hecha por una persona incapaz. (1)

Un consejo de familia nombra á uno de sus miembros con el fin de representarlo en el contrato de matrimonio de una joven menor y para estipular todas las cláusulas que le parezcan favorables á los intereses de la futura. El contrato contenía donación del usufructo de los bienes del primero que se muriera; los primeros jueces la mantuvieron por el motivo que la asistencia del consejo era regular, la ley no exigiendo que la deliberación especifique todas las cláusulas del contrato. Recurso de casación. La Corte asienta en principio que la ley no exige que la asistencia del consejo de familia se manifieste por una intervención personal de todos sus miembros á la redacción del contrato; que puede, pues, hacerse representar en él por un delegado. Pero, dice la Corte, el objeto de protección que se ha propuesto el legislador no se alcanzaría si las convenciones matrimoniales consentidas por el menor no hubiesen sido sometidas al consejo de familia y aprobadas por él en términos formales. Y en el caso, el consejo había dado un poder general á su delegado; no se ve por su deliberación que haya tenido conocimiento de las estipulaciones del régimen convencional adoptado por la menor. La Corte concluye que dicha menor no había sido asistida por el consejo de familia y que, por consiguiente, todas las convenciones matrimoniales eran

1 Denegada, Sala Civil, 19 de Marzo de 1838 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 468).

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

nulas. (1) Esta es una sentencia de principios, y es tanto más notable cuanto que la Corte de Apelación había sentenciado de hecho que el contrato de matrimonio, lejos de lesionar á la menor en sus eventualidades para preveer, le era favorable. (2)

La jurisprudencia está fijada en este sentido. Ha sido resuelto que un contrato de matrimonio estipulando el régimen dotal con comunidad de gananciales era nulo por falta de asistencia. El contrato era redactado en un país de derecho escrito en el que el régimen dotal forma de hecho el derecho común; este régimen está allí considerado como inminentemente protector de los intereses de la mujer. Sin embargo, el contrato fué anulado porque el consejo de familia se había hecho representar por un delegado provisto de poder general, sin haber tomado conocimiento de las estipulaciones del contrato y sin haberlas aprobado. La Corte de Limoges decidió terminantemente que no pertenece al consejo de familia delegar el poder que la ley le da. (3)

27. ¿Qué convenciones puede hacer el menor asistido? El art. 1,398 contesta que el menor hábil para contraer matrimonio es hábil para consentir *todas las convenciones de que es susceptible el contrato*. El art. 1,309 está concebido en el mismo sentido, dice que el menor no es de restituir contra las *condiciones puestas en su contrato de matrimonio*, cuando han sido hechas con el consentimiento y la asistencia de aquellos cuyo consentimiento esta requerido para la validez del matrimonio. En fin, el art. 1,095 permite al menor asistido dar por contrato todo lo que un esposo mayor de edad pueda dar á su cónyuge. A este respecto se puede decir que el menor es considerado como mayor de edad. El Código Civil hacía una excepción á la capacidad del menor: según

1 Denegada, Sala Civil, 19 de Marzo de 1838 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 468).
2 Casación, 15 de Noviembre de 1858 (Dalloz, 1858, 1, 439).
3 Limoges, 17 de Abril de 1869 (Dalloz, 1871, 2, 167).

los términos del art. 2,140, los futuros esposos podían, por contrato de matrimonio, convenir que no se tomarían inscripciones por hipoteca legal de la mujer sino en uno ó ciertos inmuebles del marido, lo que libertaba los demás inmuebles; pero la ley exige terminantemente que las partes sean mayores de edad, de manera que la mujer menor no podía consentir á la reducción de su hipoteca legal. (1) La ley hipotecaria belga ha resuelto poner á la mujer y á los menores bajo el imperio del derecho común; no solo permite especializar la hipoteca legal de la mujer restringiéndola á los inmuebles necesarios para garantizar sus intereses, sino lo prescribe, toda hipoteca siendo sometida al principio de especialidad (art. 64). Transladamos para los pormenores al título que es el sitio de la materia.

28. La aplicación del principio hace nacer algunas dificultades. Una mujer menor se casa bajo el régimen dotal: ¿Puede declarar enajenables sus inmuebles dotales? Sí, y sin duda alguna; los textos deciden la cuestión. Según los términos del art. 557, el inmueble dotal puede ser enajenado cuando la enajenación ha sido permitida por el contrato de matrimonio; el art. 1,398 sienta como regla que la mujer menor asistida es hábil para consentir todas las consecuencias matrimoniales; los arts. 1,309 y 1,095 la asimilan á un mayor de edad. Esto es decisivo. Esta regla no tiene excepción (núm. 27); solo pudiera admitirse una si la no enajenabilidad de la dote fuera de orden público. Antaño se consideraba como tal en algunos países de derecho escrito. Tal no es el espíritu del Código; lo no enajenable es contrario al interés general; luego también es de orden público; la ley no lo ve con favor, solo lo admite en pro del matrimonio y como consecuencia de la libertad ilimitada que reconoce á los futuros esposos para hacer tales estipulaciones que juzguen convenientes; la inenajenabilidad no es, pues, si-

1 Aubry y Rau, t. V, pág. 243, y nota 24, pfo. 502 (4.ª edición).

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

no una garantía, á la que la mujer puede renunciar. Esta renuncia, en lugar de ser vista desfavorablemente, la ley la favorece porque es un regreso al derecho común. La doctrina (1) y la jurisprudencia están en este sentido. (2)

Cuando el contrato de matrimonio de una mujer menor declara un inmueble dotal enajenable, la enajenación ¿podrá hacerse sin la observación de las formas prescriptas para la venta de los bienes de los menores? Se distingue: la simple estipulación que tales bienes dotales podrán enajenarse, no tiene por efecto dispensar al marido de la observación de las formas legales, vuelve á poner los bienes en el derecho común; y el derecho común para los bienes poseídos por menores sujeta la venta á formalidades que la ley juzgó necesarias para resguardar los intereses de los incapaces. Acerca de este punto, no hay ninguna duda; (3) la mujer tiene dos garantías: la inenajenabilidad y las formas protectoras en caso de enajenación; si renuncia á la garantía de la inenajenabilidad no renuncia la otra garantía. La dificultad está en saber si puede renunciarla dando á su marido el poder para vender sin observar las formalidades legales; acerca de este punto hay alguna duda. Se puede decir que estas formalidades son de orden público, puesto que están establecidas por razón de la incapacidad de los menores; y ¿puede el incapaz renunciar á una protección que la ley le concede por razón de su incapacidad? Nos parece que debe decirse de las formalidades protectoras establecidas para la venta, lo que decimos de la hipoteca legal: el consejo de familia llamado á especializar no puede renunciarla; la mujer menor que se casa no puede renunciar á la hipoteca que

1 Aubry y Rau, t. V, pág. 243, y nota 25 y las autoridades que allí son citadas.

2 Agen, 10 de Julio y 25 de Abril de 1831 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 445); Denegada, 7 de Noviembre de 1826 (*ibid.*, núm. 446).

3 Grenoble, 16 de Diciembre de 1848 (Dalloz, 1849, 2, 189). Compárese Denegada, 7 de Noviembre de 1826 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 446) que nos parece contrario, pero es solo una opinión enunciada en un considerando.

la ley le concede para sus derechos que nacen cuando el matrimonio, en nuestro concepto, excepto las eventualidades. El art. 6 marca de nulidad toda renuncia á un derecho que es de orden público. Se objeta que la mujer menor asistida está reputada de mayor edad. Sí, para las convenciones matrimoniales; pero las formalidades prescriptas para la enajenación de los bienes de un menor, nada tienen de común con las cláusulas del contrato de matrimonio. (1)

29. El art. 1,398 declara al menor asistido hábil para consentir las convenciones matrimoniales; esta es una excepción al derecho común, y á este título es de rigurosa interpretación. Tal es también el espíritu de la ley: quiere favorecer el matrimonio favoreciendo las convenciones relativas al matrimonio. Las convenciones extrañas al matrimonio quedan bajo el imperio del derecho común; es decir, que el menor es incapaz para consentirlas, no podría libertarse de esta incapacidad insertando sus convenciones en su contrato de matrimonio; esto sería eludir y, por consiguiente, violar una ley de orden público. (2)

Una mujer menor da por contrato de matrimonio, asistida por su padre, poder á su marido para proceder solo y sin la observación de las formalidades prescriptas por la ley, al reparto definitivo de una sucesión que le toca. La Corte de Burdeos resolvió que este reparto era provisional en virtud del derecho común (art. 840). "Sí, dice la sentencia, el menor asistido es hábil para consentir todas las convenciones de que su contrato de matrimonio es susceptible; este principio no es aplicable sino á las convenciones que se refieren al matrimonio, y no puede ser extendido á las actas por las que el menor está sometido á formalidades especiales determinadas por la ley." (3)

1 En sentido contrario, Aubry y Rau, t. V, pág. 243, nota 26 y las autoridades que citan.

2 Rodiére y Pont, t. I, pág. 27, núm. 39.

3 Burdeos, 25 de Enero de 1826 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 453).

La mujer menor y asistida vende, por contrato de matrimonio, sus derechos de sucesión á un tercero. Fué sentenciado que esta venta es nula; los arts. 1,309 y 1,398, dice la Corte, no son aplicables sino á las convenciones matrimoniales propiamente dichas; no se puede extenderlas á las que el esposo menor hace con un tercero, consignándolas en el contrato de matrimonio. (1)

¿Cómo podrán distinguirse las convenciones matrimoniales de las convenciones extrañas al matrimonio? La Corte de Limoges sienta en principio que los arts. 1,309 y 1,398 solo se aplican á las convenciones que establecen el pacto matrimonial propiamente dicho y que, por consiguiente, son la esencia del contrato de matrimonio; no se deben reputar convenciones matrimoniales las que pueden desprenderse del contrato y constituir contratos distintos. En el caso, la mujer menor había confirmado la enajenación que su madre había hecho de sus derechos sucesorios, en su nombre y lugar. La Corte de Limoges dice, con razón, que la mujer menor no puede confirmar una venta semejante, como no puede consentirla. (2)

¿Qué debe decidirse si la mujer menor que confirma una venta irregular constituye el precio en dote? La jurisprudencia admite la validez de este acto. (3) La constitución de dote, dice la Corte de Casación, es esencialmente una convención matrimonial. Sin duda; pero, en el caso, no solo hay una constitución de dote, hay también una confirmación; y el acta confirmativa de una venta nula no es una convención relativa al matrimonio, como no lo sería un préstamo que hiciere el constituyente; una cosa es la dote, y otra es el contrato mediante el que se adquieren los dineros con los que la dote se constituye.

1 Burdeos, 1.° de Febrero de 1826 (Dalloz, *ibid.*, núm. 454).
2 Limoges, 29 de Enero de 1862 (Dalloz, 1862, 2, 40). Compárese Grenoble, 5 de Abril de 1859 (Dalloz, 1862, 2, 39).
3 Grenoble, 10 de Julio de 1860 (Dalloz, 1862, 2, 41). Denegada, Sala Civil 23 de Febrero de 1869 (Dalloz, 1869, 1, 179).

Resulta de esta disposición una consecuencia muy importante. El art. 1,309 dice que el menor asistido no es restituible contra las convenciones hechas en su contrato de matrimonio; deben entenderse por esto las convenciones que se relacionan con el matrimonio; si éstas son extrañas, el menor puede reclamar el beneficio del derecho común y pedir que se le restituyan en el caso en que la ley le permite promover en rescisión por causa de lesión. La Corte de Casación lo sentenció así, en un caso de una pretendida donación que el juez del hecho había declarado ser solo un contrato aleatorio, esencialmente lesionado para el menor. (1)

2. *De las nulidades de las convenciones matrimoniales consentidas por un menor.*

30. Si una de las condiciones requeridas para la validez del contrato de matrimonio de un menor, no se cumple, el contrato es nulo. Esta es la aplicación del derecho común: Cuando la ley prescribe condiciones y formas en interés de un incapaz, la no observación de la ley arrastra la nulidad del acta. El principio no está contestado, pero en la aplicación se presentan muchas dificultades que dan lugar á controversia.

31. Un menor hace un contrato de matrimonio á una edad que no es hábil para contraer matrimonio; se casa después de haber alcanzado la mayor edad. ¿Será nulo el contrato? No puede haber mucha duda en cuanto á la nulidad del contrato, puesto que el menor era incapaz para hacerlo; (2) pero se pretende que la nulidad está cubierta por el matrimonio celebrado por el menor después de haber alcanzado la mayor edad ó sea la capacidad legal. (3) Esto es dudoso. Es verdad que el contrato de matrimonio está ejecu-

1 Denegada, Sala Civil, 10 de Diciembre de 1867 (Dalloz, 1867, 1, 475).
2 Duranton, t. XIV, pág. 13. núm. 14, 1.°
3 Marcadé, t. V, pág. 434, núm. 2 del artículo 1,398.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

tado después de la celebración del matrimonio, pero no puede decirse que la celebración sea un acto de ejecución; ésta solo hace que el contrato de matrimonio exista; el efecto y la ejecución vienen después. La cuestión debe, pues, presentarse en otros términos: el contrato de matrimonio irregular ¿puede ser confirmado durante el matrimonio? En nuestro concepto, nó; la cuestión es general; volverémos á ella al tratar de la confirmación del contrato de matrimonio.

Lo mismo sucede cuando el menor ha hecho un contrato de matrimonio antes de tener la edad de quince años ó de diez y siete, y que se casa antes de esta edad sin una dispensa. ¿Había nulidad del contrato? Sí, unos dicen que por ser el menor inhábil para contraer matrimonio; nosotros decimos que porque el menor era incapaz para contraer. ¿Hay confirmación? Nó, pues el contrato de matrimonio no puede ser confirmado durante el matrimonio, y la celebración no es una confirmación. (1)

No hay para qué distinguir en estas dos hipótesis, si el menor ha consentido las convenciones matrimoniales con ó sin asistencia. Esta no impediría al contrato de ser nulo, pues la asistencia no valida las convenciones matrimoniales sino cuando el menor es hábil para casarse, y la capacidad para casarse depende de la ley; la asistencia no puede hacer capaz á aquel que la ley declara incapaz.

32. Hay una hipótesis más difícil. El contrato de matrimonio del menor y su casamiento están viciados por la misma causa, falta de edad, ó falta de asistencia. La nulidad del matrimonio es cubierta; se sabe que la nulidad fundada en la falta de consentimiento ó en la impubertad puede cubrirse (arts. 183 y 185). Si el matrimonio es válido, ¿no deberá admitirse que el contrato de matrimonio lo está igualmente cuando es un solo y mismo vicio el que entachaba á ambos actos? La doctrina, excepto el disentimiento de Troplong y de Marcadé, y la jurisprudencia se han pronunciado por la negativa. Basta citar una excelente sentencia de la Corte de Riom que zanja la cuestión. (1) Esto toca al principio de la indivisibilidad del matrimonio y de las convenciones matrimoniales (núm. 16). Hemos rechazado este pretendido principio. La Corte de Riom comienza por establecer que ambas convenciones son distintas; aunque correlativas, se establecen y son regidas por reglas que son propias; la sentencia invoca los arts. 201, 1,387, 1,388, 1,389 y 1,390. Resulta que las convenciones matrimoniales pueden tener efecto á pesar de la anulación del matrimonio; así, el accesorio subsiste cuando lo principal ha sido anulado, prueba segura que los dos contratos tienen una naturaleza diferente. Por otra parte, la ley deja subsistir el matrimonio anulando el contrato. La Corte concluye que la confirmación ó la denegada que cubre la nulidad del matrimonio no cubre necesariamente la nulidad de las convenciones que se refieren á él. Esto está fundado en razón también. Como lo dice la Corte de Riom, los motivos de orden natural y de orden público que ponen al matrimonio al abrigo de todo ataque, nada tienen de común con el contrato de matrimonio; las convenciones matrimoniales no son de orden público, puesto que la ley las abandona á la libertad ilimitada de las partes interesadas. ¿Qué sucede cuando el matrimonio está mantenido y que las convenciones matrimoniales están anuladas? Los esposos estarán casados bajo el régimen de la comunidad legal. Nada hay contrario al interés de la sociedad, puesto que la comunidad está considerada por la ley como el régimen que concilia mejor los derechos y los intereses de las partes.

Troplong combate vivamente la opinión general; invoca la tradición y parece reprochar á los autores modernos el

1 Aubry y Rau, t. V, pág. 242, y nota 20, pfo. 502 (4.ª edición).

1 Riom, 23 de Junio de 1853 (Dalloz, 1855, 2, 321), y Denegada, 13 de Julio de 1857 (Dalloz, 1857, 1, 334). Aubry y Rau, t. V, pág. 232, notas 10 y 11 y las autoridades que son citadas.

haberla ignorado. La tradición se limita á la opinión de Lebrun, el que nada dice para mostrarla. (1) Esto es, pues, una simple afirmación que Troplong opone á los textos y á los principios. Agrega otras afirmaciones que no tienen más valor. Citamos algunas de ellas con el fin de que no se nos acuse de temeridad ó de desdeño si no refutamos los numerosos errores de un autor que goza de gran consideración en Francia, mientras en Bélgica apenas si se le cita. "La estabilidad dada al matrimonio, dice, se extiende á las convenciones que lo han precedido y que han sido su condición. *No pudiera haber dos leyes diferentes* para dos cosas tan íntimamente ligadas y sufriendo del mismo vicio." *¡No pudiera haber!* La Corte de Riom contesta al presidente de la Corte de Casación que *hay dos leyes diferentes* para dos casos, que aunque correlativos, son de una naturaleza completamente distinta; y lo prueba citando los textos del Código. Troplong repite sus repetidos principios de mil modos distintos. "Lo que es apto para hacer válida la unión de las personas es igualmente apto para consolidar el pacto relativo á sus intereses... Tanto vale separar á los esposos como dejarlos presa de la discordia... El menor que ratifica su matrimonio, se complació de su unión, persistió en ella; persistió, pues, también en los pactos que han sido su preparación. La amistad que hizo mantener el matrimonio, hace mantener las convenciones bajo cuya influencia se hizo éste... El esposo ha guardado el matrimonio por efecto para el otro esposo; este efecto hace suponer igualmente que quiso mantener los pactos que de él procedían." (2) Siempre es el mismo tema; las variaciones que el autor acumula no le dan una mayor autoridad.

33. La doctrina de Troplong está también en oposición con un principio que él mismo admite, y es que la nulidad de

1 Lebrun, *De la comunidad*, pág. 38, libro 1.° cap. IV, núm. 32.
2 Troplong, t. I, pág. 85, núms. 96-98.

las convenciones matrimoniales no puede cubrirse por una confirmación hecha durante el matrimonio. Esto es una regla general; la Corte de Riom la establece muy bien en la sentencia que acabamos de citar. Aquel que no puede consentir no puede confirmar; y durante el matrimonio, los esposos no pueden consentir convenciones matrimoniales; luego no pueden confirmarlas expresa ni tácitamente. Si los esposos han hecho convenciones matrimoniales, deben quedar tal cual han sido fijadas antes del matrimonio; después de la celebración de éste, las convenciones no pueden ya sufrir cambios, y sería cambiarlas el declarar válidas convenciones que eran nulas. (1) La doctrina está de acuerdo con la jurisprudencia. (2)

Ha sido resuelto que el consejo de familia no puede ni siquiera confirmar el contrato de matrimonio por una deliberación tomada antes de la celebración de la unión conyugal. En el caso, la menor había hecho su contrato con el consentimiento de un primo, sin que una deliberación hubiera encargado á éste de representar al consejo. El mismo día, pero á una hora más tarde, hubo deliberación del consejo de familia que autorizó el matrimonio á cargo para la futura de constituir su dote, bajo el régimen dotal, con todos sus bienes presentes y futuros, con poder de enajenar mediante devolución. Un acreedor, habiendo embargado uno de los inmuebles constituidos en dote, la mujer opuso la dotalidad; el embargante contestó que el contrato de matrimonio era nulo por haber sido hecho por una menor sin asistencia. Se trataba de saber si la deliberación posterior al contrato, pero anterior á la celebración, podía valer á título de confirmación. El Tribunal de Primera Instancia anuló el contrato de matrimonio por una razón decisiva: las convenciones matrimoniales son inmutables á partir del día en que fueron fijadas; se puede, en verdad, modificarlas antes de la celebra-

1 Riom, 23 de Junio de 1853 (Dalloz, 1855, 2, 321).
2 Troplong, t. I, pág. 141, núm. 288 y todos los autores.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

ción del matrimonio, pero estas modificaciones no pueden hacerse sino en las formas y bajo las condiciones determinadas por la ley (arts. 1,396 y 1,397); una simple deliberación de familia no bastaba, pues. En apelación la decisión fué reformada; la Corte de Nimes considera la deliberación del consejo de familia como una confirmación del contrato de matrimonio. Recurso de casación. La Corte casó la sentencia por el motivo que el contrato de matrimonio era nulo, que la nulidad era absoluta, que resultaba que los esposos estaban casados bajo el régimen de la comunidad; este régimen no podía ser modificado y reemplazado por el régimen dotal sino por una contraletra redactada conforme con los arts. 1,396 y 1,397. (1) La doctrina está de acuerdo con la jurisprudencia. (2)

La confirmación solo es una renuncia á la acción de nulidad que pertenece á las partes interesadas. Y solo ellas tienen el derecho de promover en nulidad, así como los terceros, como lo vamos á decir. El consejo de familia, como tal, no tiene calidad. Durante el matrimonio, los esposos no pueden confirmar. ¿Lo pueden después de la disolución del matrimonio? Lo pueden en este sentido, que les es permitido arreglar sus intereses pecuniarios como lo quieran. Se entiende que su renuncia de prevalecerse de la nulidad no impediría á los terceros de invocarla; los esposos están libres para renunciar sus deberes, no les está permitido renunciar á los derechos de los terceros.

34. Calificamos de acción de nulidad la acción que pertenece á los esposos. La cuestión está controvertida y hay alguna duda. Se trata de menores. Estos tienen la acción de nulidad cuando el acta es nula en la forma; es decir, cuando la ley prescribe formas especiales por razón de la incapacidad de los menores y de la importancia del acta que quieren hacer. Tienen la acción en rescisión para atacar las

1 Casación, 20 de Julio de 1859 (Dalloz, 1859, 1, 279).
2 Aubry y Rau, t. V, pág. 247, nota 35, pfo. 502 (4.ª edición).

actas de simple administración que puede hacer su tutor sin autorización y sin forma ninguna. Los menores que promueven en rescisión deben probar que han sido perjudicados, mientras que la acción de nulidad se admite por el solo hecho de estar la ley violada. (1) Si se atiene uno á estos principios, la cuestión no es dudosa. La asistencia de las personas que deben consentir al matrimonio del menor, reemplaza la intervención del tutor, la autorización del consejo de familia y la homologación del Tribunal, si ha lugar; esto es, pues, una formalidad y, por consiguiente, hay lugar á la acción de nulidad. En cuanto á la falta de edad, es una causa de incapacidad, y la incapacidad arrastra la nulidad del acta hecha por el incapaz (arts. 1,125 y 1,398).

¿Cuál es el motivo de duda? Se le encuentra en el artículo 1,309, que dice: "El menor no es *restituible* contra las convenciones hechas en su contrato de matrimonio, cuando han sido hechas con consentimiento y asistencia de aquellos cuyo consentimiento estaba requerido para la validez de su matrimonio." La palabra *restituible* tiene un sentido técnico; indica las actas sujetas á restitución, como lo dice el artículo 1,311, y se entiende por esto las actas de que el menor puede pedir la rescisión por causa de lesión. Según el texto, se debería, pues, decirse que el contrato de matrimonio de un menor no asistido puede ser atacado en rescisión, lo que obligaría al menor á probar que ha sido lesionado. Es este argumento de texto el que parece haber arrastrado á buenos autores. (2) En nuestro concepto, el art. 1,309 no puede tener el sentido que se le da; porque así entendido, estaría en oposición con el art. 1,311. El contrato de matrimonio hecho por un menor no asistido, es una acta nula en la forma, y no una acta sujeta á restitución; lo acabamos de probar; por consiguiente, da lugar, no á una acción en

1 Véase el tomo XVI de mis *Principios*, págs. 66-80, núms. 45-55.
2 Rodière y Pont, t. I, pág. 30, núm. 43. Colmet de Santerre, t. VI, página 29, núm. 15 *bis* V.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

rescisión, sino á una acción de nulidad. Se debe, pues, tomar la palabra *restituible*, en el art. 1,309, como sinónimo de atacable. En otros términos, la ley dice solo que el menor puede atacar su contrato de matrimonio cuando no ha sido asistido, no dice que el menor no asistido solo puede atacar el acta cuando ha sido perjudicado. Esta interpretación está también fundada en razón. Desde que el menor no ha gozado de la protección que la ley quiso asegurarle, debe tener el derecho de atacar el acta, está realmente perjudicado por esto solo que no fué asistido; luego debe bastar que pruebe la falta de asistencia. La Corte de Casación lo sentenció así, pero sin contestar á la objeción del texto é invocando únicamente la importancia del contrato de matrimonio, para cuya validez la ley exige formalidades especiales en caso de menor edad del futuro cónyuge. (1)

35. La acción de nulidad ¿es relativa en el sentido del art. 1,325? Según los términos de este articulo, la nulidad de los compromisos consentidos por el menor es relativa en este sentido, que las personas capaces de comprometerse no pueden oponer la incapacidad del menor con quien han contratado. Es seguro que el contrato de matrimonio hecho por el menor sin asistencia, cae bajo la aplicación del art. 1,125, pues es por causa de incapacidad por lo que es atacado; luego el esposo menor solo puede invocar la nulidad; el esposo mayor de edad y capaz, no puede prevalecerse de la incapacidad de su cónyuge. Tal es la opinión general, y no es dudosa. (2)

Se pregunta si un tercero, acreedor de ambos esposos, puede prevalecerse de la nulidad del contrato de matrimonio fundada en la menor edad de uno de los cónyuges. Si es acreedor del esposo menor, no hay ninguna duda; promoverá en virtud del art. 1,166 ejerciendo la acción que

1 Denegada, Sala Civil, 13 de Julio de 1857 (Dalloz, 1857, 1, 334).
2 Aubry y Rau, t. V, pág. 245, nota 30 y las autoridades que citan.

pertenece á su deudor. ¿Tiene el mismo derecho el acreedor del otro esposo? Si se le opone el contrato de matrimonio, puede rechazarlo fundándose en la incapacidad de una de las partes contratantes. Esto es de derecho común. El contrato de matrimonio no solo interesa á los esposos, también interesa á los terceros, puesto que puede serles opuesto; pero para que se les pueda oponer, es preciso que sea válido, y no lo es cuando uno de los cónyuges menor no ha sido asistido. La jurisprudencia se ha pronunciado en este sentido después de alguna hesitación. Ha sido sentenciado que el esposo solo puede prevalecerse de la nulidad; (1) esto es sobrepasar el art. 1,125 que solo dice que la parte capaz no puede oponer la incapacidad de aquel con quien ha contratado. En cuanto á los terceros, la cuestión depende del carácter de la nulidad; y la nulidad de un contrato que puede ser opuesto á terceros, interesa á éstos. La Corte de Casación sentenció en este sentido, pero en términos demasiado absolutos; dice que la nulidad resultando de la inobservación del art. 1,398 puede ser propuesta por *cualquiera persona*, lo que parece abrir la acción aun al esposo incapaz, por derogación al art. 1,125; pero esta derogación no pudiera ser admitida sino en virtud de un texto terminante, y éste no existe. Los motivos en los que la jurisprudencia se funda dejan que desear. La Corte de Casación parece considerar los derechos de los terceros para promover de nulidad, como una excepción al art. 1,125; en realidad, esta disposición está fuera de causa, puesto que solo se refiere á las partes contratantes. Y si fuera una excepción habría que desecharla, porque no hay excepción sin texto. La Corte invoca también que la inmutabilidad de las convenciones matrimoniales interesa á los terceros que tienen relaciones con los cónyuges; si dependiera del esposo el dejar caer ó dejar subsistir sus convenciones matrimoniales según le con-

1 Burdeos, 27 de Noviembre de 1841 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 4713).

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

viniera pedir ó no su nulidad, la condición de los terceros estaría siempre incierta, y, por consiguiente, el pacto matrimonial perdería para con ellos el carácter de inmutabilidad que la ley quiso que tuviera. (1) Esto es exacto, pero el argumento así formulado no es decisivo; hay que decir que la nulidad está establecida en interés de los terceros, puesto que éstos están interesados en ella. Queda uno, pues, bajo el imperio del derecho común.

36. ¿Cuál es el efecto de la anulación en cuanto al régimen de los esposos? Debe aplicarse el principio según el que una acta anulada es como si jamás hubiese existido. Los esposos se han, pues, casado sin contrato; por lo tanto, están regidos por la comunidad legal. La consecuencia es irresistible, y casi está generalmente admitida. (2) Hay, sin embargo, que confesar que es contraria á la voluntad de las partes, (3) y las convenciones matrimoniales ¿no tienen por fundamento único la voluntad de las partes contratantes? Quisieron adoptar el régimen dotal, y se encuentran bajo el de la comunidad. No puede seguramente decirse que, en este caso, la comunidad sea el régimen tácitamente adoptado por los esposos; la ley es la que se los impone. Todo cuanto puede decirse es que los futuros esposos, queriendo un régimen otro que el derecho común, hubieran debido llenar las condiciones prescriptas por la ley; y si nó, están considerados como si no hubieran querido derogar á la comunidad legal.

II. De los incapacitados.

37. Si se admite que los incapacitados pueden casarse hay que permitirles también hacer sus convenciones matrimoniales. ¿Cuáles son las condiciones requeridas para la validez de estas convenciones? La ley, en el título *Del Contrato de Matrimonio* solo habla de los menores; los demás incapaces quedan, pues, bajo el imperio del derecho común. ¿Cuál es este derecho? Es que para hacer un contrato de matrimonio hay que ser capaz para contraer (núm. 13); y el Código coloca á los incapacitados entre los incapaces. Su incapacidad es absoluta en lo que se refiere á las actas de interés pecuniario; según los términos del art. 502, *cualquiera* acta hecha por el incapacitado posteriormente á su interdicción, es nula de derecho. Por aplicación de este principio hay que decidir que el incapacitado no puede hacer ninguna convención matrimonial. Está representado por su tutor quien deberá consentir su contrato de matrimonio como mandatario legal del incapacitado. Si el tutor se niega, solo queda al incapacitado la facultad de casarse sin contrato, bajo el régimen de la comunidad legal. Se opone el adagio: *Habilis ad nuptias, habilis nuptiarum consequentias.* Hemos contestado de antemano que es falsear el principio el entenderlo en este sentido que la ley permite á los incapaces, hábiles para casarse, el hacer toda clase de convenciones matrimoniales; y en su aplicación á los incapacitados, se ve cuán irracional es el principio así interpretado. Se concibe que el incapacitado tenga derecho de casarse, esto es una cuestión de afecto y de simpatía. Otra cosa es un contrato de matrimonio; se trata, en este caso, de intereses pecuniarios, y es precisamente para resguardar los intereses pecuniarios del enajenado y de su familia, por lo que la ley permite incapacitarlo. El menor, aunque su razón sea más firme que la del incapacitado, no puede hacer un contrato de matrimonio sino con la asistencia de sus padres ó de su familia; y se quisieran dar al incapacitado más incapaz que el menor, derechos más extensos.

1 Denegada, Sala Civil, 5 de Marzo de 1855 (Dalloz, 1855, 1, 101). Compárese Limoges, 17 de Noviembre de 1869 (Dalloz, 1871, 2, 167). Montpellier, 16 de Agosto de 1869 (Dalloz, 1872, 1, 346), y Denegada, 19 de Junio de 1872 (*ibid.*)

2 Aubry y Rau, t. V, pág. 246, y nota 31, y las autoridades que citan.

3 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 29, núm. 15 *bis* VI.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

viniera pedir ó no su nulidad, la condición de los terceros estaría siempre incierta, y, por consiguiente, el pacto matrimonial perdería para con ellos el carácter de inmutabilidad que la ley quiso que tuviera. (1) Esto es exacto, pero el argumento así formulado no es decisivo; hay que decir que la nulidad está establecida en interés de los terceros, puesto que éstos están interesados en ella. Queda uno, pues, bajo el imperio del derecho común.

36. ¿Cuál es el efecto de la anulación en cuanto al régimen de los esposos? Debe aplicarse el principio según el que una acta anulada es como si jamás hubiese existido. Los esposos se han, pues, casado sin contrato; por lo tanto, están regidos por la comunidad legal. La consecuencia es irresistible, y casi está generalmente admitida. (2) Hay, sin embargo, que confesar que es contraria á la voluntad de las partes, (3) y las convenciones matrimoniales ¿no tienen por fundamento único la voluntad de las partes contratantes? Quisieron adoptar el régimen dotal, y se encuentran bajo el de la comunidad. No puede seguramente decirse que, en este caso, la comunidad sea el régimen tácitamente adoptado por los esposos; la ley es la que se los impone. Todo cuanto puede decirse es que los futuros esposos, queriendo un régimen otro que el derecho común, hubieran debido llenar las condiciones prescriptas por la ley; y si nó, están considerados como si no hubieran querido derogar á la comunidad legal.

II. De los incapacitados.

37. Si se admite que los incapacitados pueden casarse hay que permitirles también hacer sus convenciones matrimoniales. ¿Cuáles son las condiciones requeridas para la validez de estas convenciones? La ley, en el título *Del Contrato de Matrimonio* solo habla de los menores; los demás incapaces quedan, pues, bajo el imperio del derecho común. ¿Cuál es este derecho? Es que para hacer un contrato de matrimonio hay que ser capaz para contraer (núm. 13); y el Código coloca á los incapacitados entre los incapaces. Su incapacidad es absoluta en lo que se refiere á las actas de interés pecuniario; según los términos del art. 502, *cualquiera* acta hecha por el incapacitado posteriormente á su interdicción, es nula de derecho. Por aplicación de este principio hay que decidir que el incapacitado no puede hacer ninguna convención matrimonial. Está representado por su tutor quien deberá consentir su contrato de matrimonio como mandatario legal del incapacitado. Si el tutor se niega, solo queda al incapacitado la facultad de casarse sin contrato, bajo el régimen de la comunidad legal. Se opone el adagio: *Habilis ad nuptias, habilis nuptiarum consequentias.* Hemos contestado de antemano que es falsear el principio el entenderlo en este sentido que la ley permite á los incapaces, hábiles para casarse, el hacer toda clase de convenciones matrimoniales; y en su aplicación á los incapacitados, se ve cuán irracional es el principio así interpretado. Se concibe que el incapacitado tenga derecho de casarse, esto es una cuestión de afecto y de simpatía. Otra cosa es un contrato de matrimonio; se trata, en este caso, de intereses pecuniarios, y es precisamente para resguardar los intereses pecuniarios del enajenado y de su familia, por lo que la ley permite incapacitarlo. El menor, aunque su razón sea más firme que la del incapacitado, no puede hacer un contrato de matrimonio sino con la asistencia de sus padres ó de su familia; y se quisieran dar al incapacitado más incapaz que el menor, derechos más extensos.

1 Denegada, Sala Civil, 5 de Marzo de 1855 (Dalloz, 1855, 1, 101). Compárese Limoges, 17 de Noviembre de 1869 (Dalloz, 1871, 2, 167). Montpellier, 16 de Agosto de 1869 (Dalloz, 1872, 1, 346), y Denegada, 19 de Junio de 1872 (*ibid.*)

2 Aubry y Rau, t. V, pág. 246, y nota 31, y las autoridades que citan.

3 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 29, núm. 15 *bis* VI.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

38. El enajenado no incapacitado queda bajo el imperio del derecho común; puede casarse si es mayor de edad, y hacer toda clase de convenciones matrimoniales, á reserva que las partes las ataquen por causa de insanidad. ¿Cuál es la prueba que deberán hacer los demandantes? Hay que distinguir: si el enajenado está incapacitado, se aplica el artículo 503, según cuyos términos las actas anteriores á la interdicción podían ser anuladas, cuando la causa de la interdicción existía notoriamente en la época en que dichas actas han sido hechas. Si el enajenado muere sin haber sido declarado incapaz, se aplica el art. 504; en general, el contrato de matrimonio será inatacable; sin embargo, si contiene donaciones, podrán ser anuladas en virtud del artículo 901, como hechas por una persona que no estaba sana de espíritu. Se aplica en todo el derecho común, porque el Código no lo deroga. (1)

39. Los sordomudos ¿pueden consentir convenciones matrimoniales sin ninguna asistencia? Hemos dicho en otro lugar que los sordomudos no se consideran incapaces civilmente por razón de su enfermedad; si pueden manifestar su voluntad y dar un consentimiento libre é ilustrado, son capaces para contraer, y, por consiguiente, para consentir convenciones matrimoniales. Estos son los términos de una sentencia de la Corte de Paris: la Corte hace mal en citar el art. 1,308 que solo se refiere á los menores y no les reconoce una capacidad entera. Se objetaba el art. 936, según el cual la donación hecha al sordomudo analfabético, debe ser aceptada por un curador; la Corte de Paris aparta la objeción diciendo que esta disposición es excepcional y establecida en interés del sordomudo, que no se puede, por consiguiente, prevalecerse de ella en su contra. (2)

1 Aubry y Rau, t. V, págs. 240 y siguientes, y las autoridades que citan.
2 Paris, 3 de Agosto de 1855 (Dalloz, 1857, 2, 175). Burdeos, 29 de Diciembre de 1856 (Dalloz, *ibid.*, pág. 173).

III. Las personas colocadas bajo consejo judicial.

40. Estas personas están, en derecho, en la misma posición que los incapacitados; la ley no habla de ellos en el título *Del Contrato de Matrimonio*. Los pródigos y los débiles de espíritu son capaces para casarse; es, pues, necesario que puedan hacer convenciones matrimoniales. ¿Podrán consentirlas sin asistencia de su consejo? Nó, pues para hacer un contrato de matrimonio es necesario ser capaz para contraer; y las personas colocadas bajo consejo no tienen capacidad para hacer toda clase de convenciones; la ley no permite enajenar sin asistencia de un consejo judicial, y no hay muchos contratos de matrimonio sin una enajenación; luego los pródigos y los débiles de espíritu solo pueden hacer un contrato de matrimonio que no implique ninguna enajenación; tal es el régimen de la separación de bienes si los esposos no se hacen ninguna liberalidad; pero desde que el contrato contiene una enajenación, no pueden hacerlo sino con la asistencia de su consejo. Tal es la opinión generalmente admitida por los autores (1) y por las cortes de apelación. (2) La Corte de Casación ha consagrado la opinión de Troplong; tenemos que detenernos en ella porque, en nuestra convicción, Troplong se ha equivocado, y arrastra en su error á la Corte Suprema. (3)

41. El contrato de matrimonio es un contrato, y todo contrato exige la capacidad para contraer; y los pródigos y los débiles de espíritu no tienen la plenitud de esta capacidad. La ley determina los límites de los que su capacidad está restringida. ¿Con qué derecho se hace excepción á estos principios para reconocer en favor de los pródigos y débiles de

1 Está ampliamente desarrollada por Colmet de Santerre, t. VI, págs. 30-35. Aubry y Rau, t. V, pág. 236 y nota 12.
2 Rau, 31 de Julio de 1855 (Dalloz, 1857, 1, 18). La Corte de Agen sentenció en el mismo sentido, 21 de Julio de 1857 (Dalloz, 1857, 2, 168). Compárese Burdeos, 17 de Febrero de 1855 (Dalloz, 1856, 2, 249-250).
3 Casación, 24 de Diciembre de 1856. Según las conclusiones del procurador general (Dalloz, 1857, 1, 18).

espíritu la facultad de consentir toda clase de convenciones matrimoniales? La Corte de Casación invoca el adagio *Habilis ad nuptias, habilis ad nuptialia, pacta*; induciendo que el pródigo, teniendo derecho para casarse, es por esto mismo capaz para consentir todas las disposiciones y convenciones de futuro á futuro de que es susceptible el contrato de matrimonio. Hemos de antemano contestado al argumento; la Corte de Agen, á la que fué devuelto el negocio, dió la contestación. No hay en nuestro Código ninguna señal de lo que la Corte de Casación llama una *regla*; si el art. 1,398 parece aplicarla al menor, es agregándole una restricción esencial: el menor no puede consentir las convenciones matrimoniales sino con la condición de estar asistido, en su contrato, por las personas cuyo consentimiento es necesario para la validez de su contrato. No es, pues, por razón de su capacidad para casarse como el menor es hábil para hacer un contrato de matrimonio; aunque hábil para casarse queda incapaz para consentir convenciones matrimoniales; es solo la asistencia la que cubre su incapacidad. Citando el art, 1,398 para inducir de él que la capacidad para casarse da capacidad para hacer convenciones matrimoniales, la Corte de Casación hace decir á la ley lo contrario de lo que dice.

La Corte de Casación ha casado la sentencia de la Corte de Pau por haber violado el art. 513. En nuestro concepto, la Corte de Casación es la que viola este artículo. El Código, en los arts. 513 y 499, declara á los pródigos y á los débiles de espíritu, incapaces para enajenar; esta incapacidad es general, no puede hacerse excepción sino en virtud de una disposición terminante de la ley. ¿En dónde está esta ley? La Corte hace una excepción al art. 513, sin texto; esto es hacer la ley dando al pródigo la capacidad de enajenar en su contrato de matrimonio, cuando una ley general le prohíbe enajenar en cualquier contrato que sea. La Corte prevee el reproche y trata de evadirlo sosteniendo que el artículo 513 no es aplicable al contrato de matrimonio. Dice que se puede decidir el contrato porque, en este contrato, todas las partes se encadenan y se ponen en equilibrio, y este conjunto de estipulaciones combinadas es á menudo la condición del matrimonio. Y, será dividir el contrato el anular las donaciones, á la vez que mantener el régimen que los esposos han adoptado. Fácil le fué á la Corte de Agen contestar á esta objeción: la pretendida indivisibilidad del contrato de matrimonio solo es una afirmación para apartarla; basta negarla cuando hay diversas cláusulas en un contrato, las unas válidas y las otras nulas. ¿Por qué no se habían de mantener las buenas á la vez que se anulan las malas? Aun hay más; la necesidad de dividir el contrato de matrimonio resulta del texto del art. 513 y de la incapacidad particular que tiene el pródigo; es capaz á medias y á medias incapaz; ¿Por qué las cláusulas que es capaz de consentir se anularían porque ha hecho enajenaciones que no era capaz de hacer?

La Corte de Casación no quiere que el art. 513 se invoque, porque al haber intervenido el consejo judicial en el contrato de matrimonio, se subordina su validez al consentimiento del consejo; esto es decir que se hace depender de una voluntad extraña al mismo matrimonio, que debe permanecer enteramente libre. Preguntarémos á la Corte si no pasa lo mismo con todos los incapaces. El consejo de familia interviene en el contrato de matrimonio del menor; éste no puede consentir ninguna cláusula sin que esté aprobada por el consejo. ¿Se concluirá de esto que el matrimonio no es libre? Se dirá que el menor es incapaz para casarse, mientras el pródigo es capaz. Sea; el pródigo está libre de casarse, pero no lo está para consentir convenciones matrimoniales que serían ruinosas para él y su familia. Lo que la Corte llama un ataque á la libertad del pródigo, es una realidad, una protección que le da la ley contra su debilidad y su incapacidad;

¡y se quiere que la ley le quite esta protección en el contrato que sufre más que ningún otro la influencia de las pasiones!

En fin, la Corte de Casación busca en el art. 513 una objeción contra la aplicación que de él se quiere hacer al contrato de matrimonio. El art. 513 prohíbe al pródigo enajenar é hipotecar; si esta prohibición es aplicable á las convenciones matrimoniales, resultará que el pródigo no podrá ni siquiera casarse bajo el régimen de la comunidad legal; sin embargo, los partidarios de la opinión general admiten que el pródigo se case bajo este régimen á falta de contrato; (1) están en contradicción consigo mismo; en efecto, si el pródigo puede adoptar la comunidad legal, puede enajenar é hipotecar, pues enajena sus muebles presentes y futuros y el usufructo de sus inmuebles que están en la comunidad, y grava sus bienes con la hipoteca legal en provecho de su mujer. Debe concluirse que el art. 513 no es aplicable á las convenciones matrimoniales. Contestarémos con la Corte de Agen que este argumento confunde lo que la ley quiere con lo que quieren las partes. No es el pródigo el que constituye una hipoteca en sus bienes, es la ley que concede esta garantía á la mujer, quiéranlo las partes ó nó. No es pródigo quien organiza la comunidad legal, es la ley que la hace entrar en ella los muebles de los esposos y el usufructo de sus inmuebles, y debió establecer un régimen para aquellos que no quisieran ó no pudieran hacer convenciones matrimoniales.

42. La cuestión á cuya ocasión se levantaron estos debates concernía á una institución contractual hecha por un pródigo. Si se admite el principio tal cual acabamos de establecerlo, la consecuencia no puede ser dudosa. Ya lo hemos dicho al tratar del consejo judicial: el pródigo no puede hacer donaciones por contrato de matrimonio, ni de bienes futuros. Transladamos á las sentencias que acaban de citarse y á lo que fué dicho en el art. 513 (t. V, núm. 366.)

1 Limoges, 27 de Mayo de 1867 (Dalloz, 1867, 2, 77).

ARTICULO 2.—Solemnidad.

Núm. 1. Autenticidad.

43. En nuestro antiguo derecho belga, el contrato de matrimonio podía hacerse por acta privada. (1) Lo mismo sucedía en Francia, cuando menos en algunas provincias; en la mayor parte de éstas, según el testimonio de Pothier, se desechaban los contratos de matrimonio bajo firmas privadas. Los autores del Código han consagrado esta última jurisprudencia. Según el art. 1,394, "todas las convenciones matrimoniales deben redactarse por acta ante notario." ¿Cuáles son los motivos de esta disposición, lo que para una parte de Francia era invocación? Es bastante difícil precisarlos. Pothier dice que se quiso impedir que los cónyuges burlen la ley que les prohíbe hacerse ninguna liberalidad durante el matrimonio, haciendo en ese tiempo contratos con fecha anticipada. (2) Este motivo no explica la condición de autenticidad, pues para evitar los contratos anticipados, bastaba exigir una acta con fecha cierta, como lo hace el art. 1,410. El orador del Tribunado, después de haber dicho que el Código abroga el uso de redactar las convenciones matrimoniales privadas, agrega: "Si se priva á las familias de la ventaja de economizar gastos de registro, quedan muy compensadas por el gran número de fraudes que se evitan, y por la mejor garantía que se da á la fortuna de los esposos y de sus hijos." (3) Este motivo es de los que prueban demasiado, pues se pudiera invocarlo para todos los contratos; el acta auténtica tiene siempre ventajas incon-

1 Véanse las sentencias citadas en la *Pasicrisia*, 1831, pág. 34; 1835, 2, 255; 1841, 2, 334; 1842, 2, 145.
2 Pothier, *Del contrato de matrimonio*, núm. 12.
3 Siméon, *Discursos*, núm. 14 (Locré, t. VI, pág. 461).

¡y se quiere que la ley le quite esta protección en el contrato que sufre más que ningún otro la influencia de las pasiones!

En fin, la Corte de Casación busca en el art. 513 una objeción contra la aplicación que de él se quiere hacer al contrato de matrimonio. El art. 513 prohíbe al pródigo enajenar é hipotecar; si esta prohibición es aplicable á las convenciones matrimoniales, resultará que el pródigo no podrá ni siquiera casarse bajo el régimen de la comunidad legal; sin embargo, los partidarios de la opinión general admiten que el pródigo se case bajo este régimen á falta de contrato; (1) están en contradicción consigo mismo; en efecto, si el pródigo puede adoptar la comunidad legal, puede enajenar é hipotecar, pues enajena sus muebles presentes y futuros y el usufructo de sus inmuebles que están en la comunidad, y grava sus bienes con la hipoteca legal en provecho de su mujer. Debe concluirse que el art. 513 no es aplicable á las convenciones matrimoniales. Contestarémos con la Corte de Agen que este argumento confunde lo que la ley quiere con lo que quieren las partes. No es el pródigo el que constituye una hipoteca en sus bienes, es la ley que concede esta garantía á la mujer, quiéranlo las partes ó nó. No es pródigo quien organiza la comunidad legal, es la ley que la hace entrar en ella los muebles de los esposos y el usufructo de sus inmuebles, y debió establecer un régimen para aquellos que no quisieran ó no pudieran hacer convenciones matrimoniales.

42. La cuestión á cuya ocasión se levantaron estos debates concernía á una institución contractual hecha por un pródigo. Si se admite el principio tal cual acabamos de establecerlo, la consecuencia no puede ser dudosa. Ya lo hemos dicho al tratar del consejo judicial: el pródigo no puede hacer donaciones por contrato de matrimonio, ni de bienes futuros. Transladamos á las sentencias que acaban de citarse y á lo que fué dicho en el art. 513 (t. V, núm. 366.)

1 Limoges, 27 de Mayo de 1867 (Dalloz, 1867, 2, 77).

ARTICULO 2.—Solemnidad.

Núm. 1. Autenticidad.

43. En nuestro antiguo derecho belga, el contrato de matrimonio podía hacerse por acta privada. (1) Lo mismo sucedía en Francia, cuando menos en algunas provincias; en la mayor parte de éstas, según el testimonio de Pothier, se desechaban los contratos de matrimonio bajo firmas privadas. Los autores del Código han consagrado esta última jurisprudencia. Según el art. 1,394, "todas las convenciones matrimoniales deben redactarse por acta ante notario." ¿Cuáles son los motivos de esta disposición, lo que para una parte de Francia era invocación? Es bastante difícil precisarlos. Pothier dice que se quiso impedir que los cónyuges burlen la ley que les prohíbe hacerse ninguna liberalidad durante el matrimonio, haciendo en ese tiempo contratos con fecha anticipada. (2) Este motivo no explica la condición de autenticidad, pues para evitar los contratos anticipados, bastaba exigir una acta con fecha cierta, como lo hace el art. 1,410. El orador del Tribunado, después de haber dicho que el Código abroga el uso de redactar las convenciones matrimoniales privadas, agrega: "Si se priva á las familias de la ventaja de economizar gastos de registro, quedan muy compensadas por el gran número de fraudes que se evitan, y por la mejor garantía que se da á la fortuna de los esposos y de sus hijos." (3) Este motivo es de los que prueban demasiado, pues se pudiera invocarlo para todos los contratos; el acta auténtica tiene siempre ventajas incon-

1 Véanse las sentencias citadas en la *Pasicrisia*, 1831, pág. 34; 1835, 2, 255; 1841, 2, 334; 1842, 2, 145.
2 Pothier, *Del contrato de matrimonio*, núm. 12.
3 Siméon, *Discursos*, núm. 14 (Locré, t. VI, pág. 461).

testables, y no presenta ninguno de los inconvenientes y peligros que ofrece el acta privada. Sin embargo, para las convenciones en general, la ley se conforma con una acta privada; para decir mejor, no prescribe ninguna forma, sirviendo solo las actas para prueba, mientras que la autenticidad del acta es una condición requerida aún para la existencia de las convenciones matrimoniales. Es, pues, necesario que existan razones particulares por las que la ley ha hecho del contrato de matrimonio una acta solemne. ¿Cuáles son estas razones?

Toullier reproduce el motivo dado por Pothier: la ley quiso asegurar á los contratos de matrimonio una fecha anterior al matrimonio, é impedir las anticipaciones de fechas fraudulosas de las actas privadas. Quiso también impedir que se las pueda suprimir, lo que es fácil cuando son privadas. (1) Estos motivos tampoco explican la autenticidad del acta; el depósito en el oficio del notario hubiera asegurado la conservación y el registro le hubiera dado una fecha cierta. Durantón insiste igualmente en la necesidad de conservar el acta que contiene las convenciones matrimoniales; de otro modo sería fácil, suprimiendo el acta privada, cambiar las convenciones matrimoniales, y la inmutabilidad de estas convenciones es uno de los principios fundamentales que rigen el contrato de matrimonio. (2) Nada es más verdadero, pero lo repetimos, una acta de depósito hubiera bastado para alcanzar este propósito.

Troplong comienza por insistir en la cuestión de prueba, lo que no es el verdadero terreno del debate; en efecto, el acta auténtica no solo sirve como prueba, está requerida por la substancia del acta: «El orden público está tan interesada en el matrimonio; es decir, en la conservación de las familias, que no podría permitir entregarse á pruebas fugitivas

1 Toullier, t. VI, 2, pág. 66, núm. 71.
2 Duranton, t. XIV, pág. 41, núm. 39.

este importante contrato. Ninguno reclama más certeza, publicidad y solemnidad; no solo es una regla para las dos familias que se unen, y para la nueva que saldrá de esta unión: es además una ley para los terceros y la base del crédito de los futuros esposos.» Hay mucha verdad en estas apreciaciones, pero Troplong las mezcla con errores. ¿Es que la autenticidad da la *publicidad* á las convenciones matrimoniales? El Código no prescribe ninguna *publicidad*, y todo lo que el autor dice no explica la necesidad de la intervención de un oficial público. Troplong cita después las palabras de Brodeau que se refieren igualmente á la importancia de las convenciones matrimoniales. (1) Esto es incontestable, pero no justifica el principio de la solemnidad del acta.

Colmet de Santerre, después de haber dicho que la ley quiso asegurar la conservación del escrito en que consta el contrato de matrimonio, agrega que hay además otro motivo secundario para la autenticidad: "Las convenciones matrimoniales presentan complicaciones y dificultades. El notario ha sido considerado como un consejero que ilustra á las partes acerca de las cláusulas que deben introducir en su contrato, ó excluir de él." (2) ¿No sería esto el principal motivo del art. 1,394? Cuando la ley prescribe la autenticidad como condición substancial del acta, esto es para garantizar la expresión de la voluntad de las partes. Si se trata de una donación, hay peligro de influencias ilícitas, de sugestiones, de captación; la intervención del notario, si no impide estas obseciones, las hace más difíciles. No hay muchos contratos sin liberalidad; aun hay más, fuera de este contrato, las donaciones son raras. Esto basta ya para justificar la condición de autenticidad. La intervención del

1 Troplong, t. I, pág. 61, núm. 15, y pág. 166, núm. 169.
2 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 12, núm. 11 *bis* II.

notario es igualmente indispensable para las convenciones matrimoniales propiamente dichas. No se dice lo bastante al decir que son complicadas y difíciles, debe decirse que la mayor parte de los contratantes no entienden las cláusulas que firman ó que les hacen firmar. Si se redacta una acta, es para derogar á la comunidad legal; y, las cláusulas de comunidad convencional embarazan á los jurisconsultos; ¿y se quiere que las personas agenas al derecho entiendan toda la extensión y la importancia del régimen al que se someten? Si se quiere que el contrato más importante se haga con conocimiento de causa y que sea la expresión de la voluntad ilustrada de las partes, hay que hacer intervenir un oficial público.

44. Ponemos el contrato de matrimonio en la misma línea que las donaciones, en lo que toca á la solemnidad del acta. El mismo texto del Código establece esta asimilación. El art. 931, dice así: "Todas las actas de donación entre vivos se harán ante notario público, en la forma ordinaria de los contratos, y se conservará de ellas una cópia bajo pena de nulidad." La redacción del art. 1,394 es poco más ó menos la misma: "Todas las convenciones matrimoniales serán redactadas por acta ante notario." El artículo no agrega que deberá quedar cópia bajo pena de nulidad. Era inútil decirlo, puesto que tal es el derecho común, excepto para las actas de poca importancia que pueden hacerse sumariamente, y no hay que decir que el más importante de los contratos está naturalmente comprendido en la regla y no en la excepción. (1)

Los arts. 1,394 y 931, teniendo el misme sentido, debe concluirse que el contrato de matrimonio es una acta solemne, así como la donación, lo que significa que el escrito auténtico es una condición requerida para la existencia del

1 Ley de 25 ventoso, año XI, arts. 20 y 68. Toullier, t. VI, 2, pág. 67, número 71.

contrato. De esto resulta que un contrato de matrimonio redactado en acta privada no tiene existencia legal, es más que nulo, es inexistente. Los autores no discuten la cuestión pero admiten el principio implícitamente. Duranton dice que el contrato de matrimonio es una acta solemne; lo pone en la misma línea que la donación y le aplica, en consecuencia, el art. 1,339, lo que es decisivo; la donación irregular ó nula en la forma, como dice la ley, no tiene existencia, es la nada, ó como lo decimos en el lenguaje de la escuela, es una acta inexistente. Lo mismo pasa con el contrato de matrimonio cuando no se hace con las solemnidades prescriptas por la ley. (1) La jurisprudencia consagra el mismo principio, aunque sea muy inconsecuente en su aplicación. La Corte de Pau dice, fundándose en los motivos de la ley, que la autenticidad del acta es necesaria para asegurar la fijeza y la inmutabilidad del contrato de matrimonio; concluye de esto que redactada privadamente, el acta está abiertamente contraria al objeto de la ley, y que desde luego no se le puede reconocer una *existencia legal*. (2) La Corte de Caen analizando el art. 1,394, dice que las dos condiciones que prescribe, la autenticidad y la redacción antes del matrimonio son la *esencia* del acta; si falta una de ellas, *no hay contrato de matrimonio*. (3) Estos son los términos de que se sirve el art. 146: "No hay matrimonio cuando no hay consentimiento." La falta de solemnidad tiene, pues, el mismo efecto que la ausencia de consentimiento, lo que es decisivo. En definitiva, la doctrina y la jurisprudencia aplican al contrato de matrimonio la teoría de las actas inexistentes que hemos expuesto en el título *De las Obligaciones*, (4) y de la que hemos hecho numerosas aplicaciones en el curso de este trabajo.

1 Duranton, t. XIV, pág. 46, núm. 45.
2 Pau, 18 de Junio de 1836 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 267).
3 Caen, 9 de Mayo de 1844 (Dalloz, *ibid.*, núm. 265).
4 Véase el tomo XV de mis *Principios*, págs. 569-601, núms. 450-465.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

45. Se enseña generalmente que el contrato de matrimonio privado se asimila á una acta notariada cuando se le deposita en casa del notario y que éste la agrega al protocolo. Esto es, en nuestro concepto, confundir dos cuestiones esencialmente distintas: la solemnidad y la prueba. La autenticidad no está prescripta para la prueba, lo está para la existencia del contrato de matrimonio; desde el momento, pues, que no hay acta auténtica, no hay contrato de matrimonio; y el acta privada depositada, permanece, no obstante, una acta privada, no la recibe un notario; luego no llena el deseo de la ley, el oficial público no interviene en ella, no pudo ilustrar á las partes; por lo tanto, el acta debe continuar siendo lo que era: inexistente. ¿Qué se dice en favor de la contraria opinión? Troplong dice con frases académicas: «El Código no es una ley *tiránica* que diga en estrecho formalismo: *Qui virgula cadit, causa cadit.* Es equitativo, racional, enemigo de la superstición.» (1) Esto nada dice. ¿Es el contrato de matrimonio una acta solemne, sí ó nó? Sí lo es, y todos lo califican así; debe aplicarse el art. 1,339, el que es *muy tiránico*, pues, por la menor irregularidad es nula la la donación en la forma, y, por lo tanto, inexistente. Lo mismo sucede con el contrato de matrimonio.

A decir verdad, la doctrina de los autores no es tan absoluta como parece. Todos ellos citan una sentencia de la Corte de Rouen; pero esta sentencia no dice que baste una simple acta de depósito para transformar una acta privada en acta auténtica: en el caso, había más bien una acta de reconocimiento, la que equivale á una acta notariada, puesto que las partes reproducen sus convenciones en ella; esta es, pues, una acta recibida por un oficial público; á tal título, la ley hipotecaria belga (arts. 2 y 76) la asimila á una

1 Troplong, t. I, pág. 110, núm. 185. Compárese Duranton, t. XIV, página 43, núm. 43. Aubry y Rau, t. V, págs. 247 y siguientes, y nota 3. En sentido contrario, Rolland de Villargues, *Repertorio*, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 64.

acta auténtica. Transladamos al lector á lo que fué dicho en el título *De las Donaciones* (t. XII pág. 315). Hé aquí el caso juzgado por la Corte de Rouen. (1) El notario comienza por hacer constar que las partes le han entregado, para ser agregada al protocolo, una acta privada conteniendo sus convenciones matrimoniales. En seguida sigue la declaración de los comparecientes, los que *reiteran* y confirman todas las estipulaciones del acta privada. La Corte insiste en esta declaración é induce de ella que el acta de depósito pudiera ser considerada como el equivalente de un contrato de matrimonio pasado ante notario público; el acta relataba las mismas cláusulas; en nuestro concepto, esta formalidad es de rigor, para que el acta de reconocimiento equivalga á una acta notariada.

46. El principio de que el contrato de matrimonio privado es inexistente, tiene consecuencias muy importantes. Puesto que no hay contrato de matrimonio, debe decidirse que los esposos están casados bajo el régimen de la comunidad legal (art. 1,400). (2) Tal no es, seguramente su intención; ¿puede la ley imponer á los esposos un régimen que no les conviene? Contestarémos que en materia de contratos solemnes, la intención no basta; debe ser manifestada en las formas prescriptas por la ley; en caso contrario, no existe; no hay, pues, contrato, lo que hace aplicable el art. 1,400; legalmente, los esposos no quieren el régimen convenido en el acta privada, quieren, pues, el régimen de la comunidad legal.

Si el contrato de matrimonio privado contiene donaciones, éstas son nulas puesto que no tienen la solemnidad requerida por la ley. Hay donaciones que solo son válidas cuando se hacen por contrato de matrimonio (arts. 1,082, 1,084, 1,086, 1,093); (3) estas donaciones son más que nu-

1 Rouen, 11 de Enero de 1826 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm 269).
2 Aubry y Rau, t. V, 248, pfo. 503 (4ª edición).
3 Pau, 18 de Junio de 1836 (Dalloz, núm. 267).

las; cuando están consignadas en un contrato de matrimonio privado, son inexistes, puesto que están hechas en las formas que la ley establece para su existencia. En cuanto á las donaciones que pueden valer como donativos manuales, serán válidas si han sido ejecutadas; pero su efecto no será regido por el régimen que los esposos han adoptado, quedarán sometidos á las reglas que rigen la comunidad legal.

El contrato de matrimonio hecho privadamente ¿se valida por la confirmación? Se confirman las actas nulas, pero no las inexistentes. Debe, pues, aplicarse por analogía al contrato de matrimonio lo que el art. 1,339 dice de la donación; nula en la forma, ninguna acta confirmativa puede reparar sus vicios, debe volverse á hacer en la forma legal. La jurisprudencia consagra este principio, pero se le dificulta motivarlo, no habiendo entrado aún en las costumbres judiciales la teoría de las actas inexistentes. Se lee en una sentencia de la Corte de Caen, que el contrato de matrimonio no debe ser considerado como una convención de puro derecho privado; de donde la Corte concluye que las nulidades que se ligan á él son de orden público, y no son susceptibles de ser cubiertas. (1) El principio que sirve de punto de partida para esta decisión no es exacto; es seguro que el contrato de matrimonio, á pesar de su importancia, es un contrato de derecho puramente privado; el primer artículo de nuestro título lo dice, disponiendo que la ley solo rige á la asociación conyugal en cuanto á los bienes, solo á falta de convenciones especiales que pueden hacer los esposos como lo juzgan necesario. Lo que la Corte debiera decir es que el contrato siendo solemne, como lo reconoce, la falta de las formas solemnes arrastra la inexistencia del acta, y por consiguiente, la imposibilidad de confirmarla.

¿Pueden los herederos confirmar el contrato de matrimonio nulo en la forma? En principio, nó; el contrato, siendo

1 Caen, 9 de Mayo de 1844 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, número 265). Compárese Aubry y Rau, t. V, pág. 249, nota 9, pfo. 503.

inexistente, hay que aplicar el principio que la nada no puede ser confirmada, ni por los herederos como por las partes. No se puede prevalecerse del art. 1,340 que permite á los herederos del donante confirmar la donación, aunque no pueda el donante validar por sí la liberalidad mediante ninguna acta confirmativa (art. 1,329), pues esta disposición es enteramente excepcional; los únicos motivos que la justifican no reciben ninguna aplicación al contrato de matrimonio. Transladamos á lo que fué dicho en el título *De las Obligaciones*. La doctrina y la jurisprudencia son contrarias. (1) Esto es una inconsecuencia, olvidando en la aplicación la teoría de las actas inexistentes. La Corte de Casación dice que los motivos de orden público que impiden la confirmación de las convenciones matrimoniales durante el matrimonio, dejan de existir después de la disolución de éste. Sin duda, nada impide que los herederos arreglen sus intereses como les convenga y hagan tales renuncias que juzguen convenientes, pero esto no es confirmar el contrato de matrimonio. La confirmación propiamente dicha no se concibe; ésta retrotrae, en el sentido de que el acta está considerada como válida desde el principio; ¿y cómo pudiera haber contrato de matrimonio entre las partes cuando no hay acta auténtica, cuando no hay solemnidad? La cuestión es muy importante en lo que se refiere á la prescripción; si los herederos pueden confirmar, resulta, como lo sentencia la Corte de Casación, que se puede oponer á los herederos la prescripción de diez años, mientras que si no hay lugar á la confirmación, la prescripción de diez años es inaplicable.

47. Los futuros esposos no hacen ya contrato de matrimonio privadamente; la solemnidad entra en nuestras costumbres. Pero puede suceder que el contrato sea notariado y que sea nulo á consecuencia de la inobservación de una

1 Denegada, 31 de Enero de 1833 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 310). Denegada, Sala Civil, 26 de Abril de 1869 (Dalloz, 1869, 1, 246). Aubry y Rau, t. V, pág. 249, nota 10, pfo. 503).

de las formalidades prescriptas bajo pena de nulidad por la ley de ventoso. Se aplican, en este caso, los principios que acabamos de exponer. Las formas son de las substancias del acta; si ésta es nula en la forma, el contrato de matrimonio es inexistente, lo mismo que es como si fuera hecho privadamente. Se ha aplicado el art. 1,318, según los términos del cual el acta auténtica, nula por vicio de forma, vale como escritura privada si está firmada por las partes. Esto es confundir las actas solemnes con las actas que no lo son. El art. 1,318 supone, como lo dice la Corte de Colmar, que el acta puede valer como escritura privada; no recibe, pues, aplicación á las actas solemnes, para cuya existencia la ley exige la autenticidad. La Corte concluye de esto que el contrato de matrimonio se considera como no habiendo existido nunca, desde que el acta es anulada. (1)

De esto sigue que todas las formalidades prescriptas bajo pena de nulidad por la ley de ventoso acerca del notariado, deben ser llenadas; si una de estas formas no ha sido observada, el acta es nula en la forma, lo que arrastra la inexistencia del contrato. Ha habido alguna hesitación en la jurisprudencia; inútil es detenerse en cuestiones que no son realmente cuestiones, puesto que el texto de la l y las decide. Fué sentenciado por la Corte de Casación que el contrato de matrimonio que no ha sido firmado sino por uno de los testigos de asistencia, es nulo (2) y, por consiguiente, inexistente. Esto es evidente. Lo mismo sucedería para todas las demás formalidades. (3) Notémos solamente que la jurisprudencia francesa admitió una excepción á estos principios, y que dicha excepción, que es una verdadera violación de la ley ha sido consagrada por la misma ley. ¿Deben el segundo notario y los dos testigos, estar presentes en la redacción y firma del contrato de matrimonio? El texto de la ley dice que sí; la jurisprudencia ha dicho que nó, y una ley de Junio de 1843 ha dado la sanción del Poder Ejecutivo á esta extraña jurisprudencia. En Bélgica, los notarios han quedado fieles á la ley.

1 Colmar, 16 de Marzo de 1813 (Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, número 3,313). Compárese Caen, 9 de Mayo de 1844 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 265).
2 Denegada, Sala Civil, 26 de Abril de 1869, (Dalloz, 1869, 1, 246).
3 Aubry y Rau, t. V, pág. 248, notas 5 y 6 (4.ª edición).

48. El principio de la solemnidad se aplica á todas las convenciones matrimoniales; estos son los términos del artículo 1,394. Si las partes insertaban en el contrato de matrimonio convenciones extrañas á los derechos de los esposos acerca de sus bienes, se entiende que éstas conservarían el carácter que les es propio, el de contratos no solemnes. ¿Cuáles convenciones son matrimoniales y cuáles no lo son? Ya hemos encontrado esta cuestión (núm. 29); se decide por el objeto de la convención. Ha sido sentenciado que la obligación contraída por uno de los futuros esposos, de soportar solo los gastos y honorarios del contrato de matrimonio, tiene el carácter de una convención matrimonial. La Corte de Casación ha concluido de esto que no se podía deferir el juramento acerca de la existencia de semejante obligación, y la cosa es evidente. (1) El juramento es uno de los modos de prueba admitidos por la ley; y el art. 1,394 no resuelve una cuestión de prueba; el acta auténtica está requerida para la existencia misma de la convención.

49. El art. 1,394, ¿es aplicable á las convenciones matrimoniales hechas en el extranjero? Supondrémos que unos franceses (belgas) figuran en ellas. No hay que decir que si las partes contratantes son extranjeras, están regidas por las leyes del país á que pertenecen. Hemos examinado la cuestión en otro lugar. La dificultad está en saber si el adagio: *Locus regit actum*, es aplicable á las actas solemnes. Lo hemos decidido negativamente (2) y sostenemos nuestra de-

1 Casación, 21 de Julio de 1852 (Dalloz, 1852, 1, 194).
2 Véase el tomo I de mis *Principios*, pág. 89, núm. 99.

cisión en lo que se refiere al contrato de matrimonio. La forma, dice Troplong, está reglamentada por el estatuto arbitrario de cada lugar. Esto es traducir el adagio latino, pero la traducción no le da fuerza nueva; además, lo mantenemos en su verdadera acepción. El contrato debe ser recibido en la forma auténtica, porque la autenticidad está requerida no para la prueba, sino para la existencia del acta; en cuanto á las formas que deberán seguirse para hacer el acta auténtica, se aplicará el adagio llenando las formas prescriptas por la ley del país en que se hace el acta. Troplong agrega: «No tienen la culpa los *súbditos* si la forma es menos perfecta en tal ó cual país. No quebrantan cuando *observan* la ley y no se les puede reprochar el no haber sido más sábios que ella.» (1) Esto es confundir el contrato que interesa á los extranjeros y el contrato en que figuran franceses. Los franceses no son súbditos del país extranjero, no deben *obediencia* á las leyes extranjeras; pero están obligados á obedecer las leyes de su país, si quieren que sus convenciones matrimoniales tengan en Francia la autoridad y el efecto que deben tener según el Código Civil.

§ II.—Presencia de los futuros esposos.

50. Los futuros esposos deben estar presentes en el contrato de matrimonio; esto es tan evidente que parece inútil decirlo. Esta cuestión, sin embargo, ha dado lugar á largas controversias, á consecuencia de un uso ilegal introducido en Francia, sobre todo en ciertas regiones del Mediodía. Los padres solos figuraban en el acta, á lo menos cuando los futuros esposos eran menores; algunas veces se hacían responsables por ellos. Se consideraba el contrato de matrimonio así recibido como válido, cuando menos en el sentido que la celebración del matrimonio valía ratificación. La Corte de Casación ha condenado esta práctica viciosa, diciendo que el contrato de matrimonio recibido en ausencia de los esposos, aunque el padre y la madre se hicieran responsables por ellos, es como no sucedido; los esposos están casados sin contrato, por consiguiente, bajo el régimen de la comunidad legal, culesquiera que hayan sido las convenciones fijadas por los padres. Esto es la aplicación de los principios que rigen la existencia de los contratos. La primera de las condiciones requeridas para que exista un contrato, es el consentimiento; luego sin él no hay contrato de matrimonio. Se puede consentir, ya sea personalmente, ya por mandatario; cuando el contrato tiene por objeto una enajenación, el mandato debe ser expreso (artículo 1,988). Es verdad que se admite que la ratificación de lo que hizo un tercero en nuestro nombre sin mandato, equivale á esto último. Pero, ¿es aplicable esta regla á los contratos solemnes? Transladamos á lo que fué dicho por cuanto á las donaciones, en el título que es el sitio de esta materia. En cuanto al contrato de matrimonio, está sometido á una regla especial. La ley quiere que esté redactado en acta notariada antes de la celebración del matrimonio, y lo declara inmutable. De esto sigue que el consentimiento de los esposos deba ser manifestado en la forma auténtica antes del matrimonio. La consecuencia es que el contrato de matrimonio es inexistente por falta de consentimiento, cuando los esposos no figuran en él. (1) Esto se funda también en la razón. El contrato de matrimonio es una acta solemne, porque la ley quiere que las partes estén ilustradas por el oficial público que recibe el acta. ¿Se concibe que el contrato se haga en ausencia de unas partes que deben de dar su consentimiento ilustrado por el debate en presencia del notario?

1 Troplong, t. II, pág 14, núm. 188. Aubry y Rau, t. V, pág. 248 y nota 4, párrafo 503.

1 Denegada, Sala Civil, 29 de Mayo de 1854 (Dalloz, 1854, 1, 207). Casación, 9 de Enero de 1855 (Dalloz, 1855, 1, 28).

cisión en lo que se refiere al contrato de matrimonio. La forma, dice Troplong, está reglamentada por el estatuto arbitrario de cada lugar. Esto es traducir el adagio latino, pero la traducción no le da fuerza nueva; además, lo mantenemos en su verdadera acepción. El contrato debe ser recibido en la forma auténtica, porque la autenticidad está requerida no para la prueba, sino para la existencia del acta; en cuanto á las formas que deberán seguirse para hacer el acta auténtica, se aplicará el adagio llenando las formas prescriptas por la ley del país en que se hace el acta. Troplong agrega: «No tienen la culpa los *súbditos* si la forma es menos perfecta en tal ó cual país. No quebrantan cuando *observan* la ley y no se les puede reprochar el no haber sido más sábios que ella.» (1) Esto es confundir el contrato que interesa á los extranjeros y el contrato en que figuran franceses. Los franceses no son súbditos del país extranjero, no deben *obediencia* á las leyes extranjeras; pero están obligados á obedecer las leyes de su país, si quieren que sus convenciones matrimoniales tengan en Francia la autoridad y el efecto que deben tener según el Código Civil.

§ II.—Presencia de los futuros esposos.

50. Los futuros esposos deben estar presentes en el contrato de matrimonio; esto es tan evidente que parece inútil decirlo. Esta cuestión, sin embargo, ha dado lugar á largas controversias, á consecuencia de un uso ilegal introducido en Francia, sobre todo en ciertas regiones del Mediodía. Los padres solos figuraban en el acta, á lo menos cuando los futuros esposos eran menores; algunas veces se hacían responsables por ellos. Se consideraba el contrato de matrimonio así recibido como válido, cuando menos en el sentido que la celebración del matrimonio valía ratificación. La Corte de Casación ha condenado esta práctica viciosa, diciendo que el contrato de matrimonio recibido en ausencia de los esposos, aunque el padre y la madre se hicieran responsables por ellos, es como no sucedido; los esposos están casados sin contrato, por consiguiente, bajo el régimen de la comunidad legal, culesquiera que hayan sido las convenciones fijadas por los padres. Esto es la aplicación de los principios que rigen la existencia de los contratos. La primera de las condiciones requeridas para que exista un contrato, es el consentimiento; luego sin él no hay contrato de matrimonio. Se puede consentir, ya sea personalmente, ya por mandatario; cuando el contrato tiene por objeto una enajenación, el mandato debe ser expreso (artículo 1,988). Es verdad que se admite que la ratificación de lo que hizo un tercero en nuestro nombre sin mandato, equivale á esto último. Pero, ¿es aplicable esta regla á los contratos solemnes? Transladamos á lo que fué dicho por cuanto á las donaciones, en el título que es el sitio de esta materia. En cuanto al contrato de matrimonio, está sometido á una regla especial. La ley quiere que esté redactado en acta notariada antes de la celebración del matrimonio, y lo declara inmutable. De esto sigue que el consentimiento de los esposos deba ser manifestado en la forma auténtica antes del matrimonio. La consecuencia es que el contrato de matrimonio es inexistente por falta de consentimiento, cuando los esposos no figuran en él. (1) Esto se funda también en la razón. El contrato de matrimonio es una acta solemne, porque la ley quiere que las partes estén ilustradas por el oficial público que recibe el acta. ¿Se concibe que el contrato se haga en ausencia de unas partes que deben de dar su consentimiento ilustrado por el debate en presencia del notario?

1 Troplong, t. II, pág 14, núm. 188. Aubry y Rau, t. V, pág. 248 y nota 4, párrafo 503.

1 Denegada, Sala Civil, 29 de Mayo de 1854 (Dalloz, 1854, 1, 207). Casación, 9 de Enero de 1855 (Dalloz, 1855, 1, 28).

Si hay ausencia de consentimiento debe decirse que el contrato de matrimonio es inexistente. La Corte de Casación lo dice: "La ausencia de la futura en el contrato de matrimonio, constituye una nulidad radical y de orden público, que quita al pretendido contrato su existencia legal. (1) Las palabras *de orden público*, están de más, en nuestro concepto. Puede haber nulidad de orden público sin que el contrato sea inexistente. Para que se pueda decir que no hay contrato, es menester que falte una de las condiciones requeridas para su existencia. En el caso, el consentimiento es el que falta, y sin él no hay contrato.

51. El contrato de matrimonio redactado en ausencia de los esposos ó de uno de ellos, ¿puede confirmarse? Si se admite el principio consagrado por la Corte de Casación, no puede tratarse de confirmación, pues no se confirma la nada. Transladamos á lo que fué dicho en el título *De las Obligaciones* (t. XV, núms. 451 y 462). Debe decirse con el artículo 1,339, que el contrato nulo en la forma debe volverse á hacer en la forma legal. A decir verdad, se trata de una rectificación más bien que de una confirmación; hubo consentimiento dado en nombre de los futuros esposos: la cuestión está en saber si este consentimiento puede ser ratificado por el esposo. Creemos que nó; el esposo debe presentarse en persona ante el oficial público, ó por el intermedio de un mandatario especial, si se quiere que el objeto de ley esté alcanzado. Es, pues, necesario que la ratificación sea un nuevo contrato, así como lo dice el art. 1,339.

Los editores de Zachariæ parecen entenderlo en este sentido cuando dicen que el contrato de matrimonio puede ser ratificado antes del matrimonio en la forma determinada por los arts. 1,396 y 1,397. (2) El principio así formulado no nos parece exacto. Los arts. 1,396 y 1,397 conciernen á

1 Denegada, 6 de Abril de 1858 (Dalloz, 1858, 1, 224).
2 Aubry y Rau, t. VI, pág. 235 y nota 7, pfo. 502 (4.ª edición).

las contraletras; suponen que hay un contrato de matrimonio que las partes quieren modificar; la ley prescribe condiciones y formas especiales para la validez de estos cambios: Si las partes no observan la ley, las contraletras serán nulas, pero el primer contrato será válido. Nada de esto es aplicable á un contrato de matrimonio inexistente; no se puede modificar la nada, solo puede hacerse un nuevo contrato en las formas ordinarias de las actas notariadas; y si este contrato fuese nulo, no habría ningún contrato de matrimonio, no teniendo el primero existencia legal alguna.

La jurisprudencia deja igualmente algo que desear. Una sentencia de Nimes dice, lo que es exacto, que las convenciones matrimoniales consentidas por los padres, haciéndose responsables por su hija, solo son obligatorias para ésta solo cuando ha expresado su voluntad de apropiárselas. ¿Cómo debe manifestarse esta voluntad? Aquí está la dificultad. La Corte aplica las reglas establecidas por el artículo 1,338 acerca de la confirmación; (1) estas reglas son inaplicables en el caso en que no hay contrato por falta de consentimiento; este es un vicio que no puede repararse, es la nada. La Corte de Grenoble exige una ratificación expresa dada en la forma determinada por los arts. 1,394 y 1,397; (2) hay confusión ó inatención en esta decisión; no pueden aplicarse simultáneamente el art. 1,394 que supone un primer contrato, y el art. 1,397 que supone un cambio á un primer contrato; quizá sea esto una equivocación de imprenta y deba leerse 1,396. La Corte de Casación, en la sentencia que se cita, no se explica terminantemente en esta cuestión, solo dice que la nulidad ó la inexistencia del contrato de matrimonio resulta, entre otras causas, de la disposición del artículo 1,396, que no permite cambiar las convenciones matrimoniales sino bajo las condiciones exigidas por la ley, (2)

1 Denegada, Sala Civil, 29 de Mayo de 1854 (Dalloz, 1854, 1, 207).
2 Grenoble, 7 de Junio de 1851 (Dalloz, 1853, 2, 122).
3 Nimes, 8 de Enero de 1850 (Dalloz, 1850, 2, 188).

lo que no es exacto, pues en la hipótesis que examinamos, no hay contrato; no puede, pues, tratarse de llevar en él algún cambio.

La celebración del matrimonio ¿es una confirmación ó una ratificación? Hay alguna hesitación en la jurisprudencia acerca de esta cuestión. La razón está en que los tribunales no tienen principios fijos acerca de la nulidad ó de la no existencia del contrato de matrimonio resultando de la ausencia de los esposos. ¿Es esto un simple vicio que pueda borrarse por una confirmación expresa ó tácita? Nó, el vicio no puede reformarse porque es la nada. Suponiendo aún que pueda haber confirmación, no se pudiera admitir la confirmación tácita tal como la celebración del matrimonio; la razón es sencilla y perentoria, y es que, en el caso, la confirmación debe valer como consentimiento; y el consentimiento en materia de convenciones matrimoniales debe no ser solo expreso, sino debe expresarse en la forma auténtica prescripta por el art. 1,394; (1) luego, por todo concepto, debe apartarse la celebración del matrimonio como pudiendo validar el contrato de matrimonio.

Las sentencias dan otras razones más ó menos buenas. Como todo depende de los motivos, se nos permitirá que insistamos. La Corte de Nimes dice que la celebración del matrimonio no establece una liga necesaria entre las convenciones que determinan el régimen y el matrimonio, pues este último puede tener lugar sin convenciones previas. (2) Esto puede ser contestado. En un caso presentado ante la Corte de Montpellier, un padre había ofrecido el matrimonio de su hija y fijado las convenciones matrimoniales con el futuro esposo; el contrato estipulaba el régimen dotal, y el padre constituia una dote á su hija. Esta tenía conocimiento de las convenciones y ratificó la promesa de matri-

1 Aubry y Rau, t. V, pág. 235, nota 8, pfo. 502 (4.ª edición).
2 Nimes, 1.º de Enero de 1850 (Dalloz, 1850, 2, 188). Grenoble, 7 de Junio de 1851 (Dalloz, 1853, 2, 122).

monio. Sería ridículo, dice la Corte, pretender que la hija dotada no aceptaba la dote; luego hubo confirmación. (1) Efectivamente, había confirmación tácita según el derecho común; (2) hay, pues, que cuidarse de admitir el derecho común, y no se puede, como acabamos de decirlo. Poco importa que el esposo no presente cuando el contrato, tenga conocimiento de las convenciones matrimoniales cuando el casamiento; puede inducirse de esto una ejecución voluntaria y, por consiguiente, una confirmación; pero la confirmación tácita es inoperante, como acabamos de decirlo. (3)

En cuanto á la confirmación posterior al matrimonio, no puede ser revocada. En nuestra opinión esto es evidente. El primer contrato es inexistente. Luego, cuando el casamiento, no hay contrato y, posteriormente á éste, no puede haber convenciones matrimoniales (art. 1,394). Se dirá en vano que la confirmación retrotrae al día del contrato pasado antes del matrimonio. Se ve aquí que los principios de la confirmación no pueden recibir aplicación á las convenciones matrimoniales. En efecto, si cuando el matrimonio no hay contrato, la consecuencia es segura, los esposos están casados bajo el régimen de la comunidad legal; la confirmación hecha durante el matrimonio, si fuera admitida, tendría por efecto establecer entre los esposos otro régimen que el de la comunidad legal; pero la retroacción no pudiendo perjudicar los derechos de terceros (art. 1,338), se llegaría á este resultado absurdo é imposible que habría dos régimenes, uno arreglando los derechos de los esposos entre sí, y otro que establecería un régimen diferente para con los terceros. La jurisprudencia está en el sentido de nuestra opinión, pero siempre hesitante entre la confirmación y la ratificación propiamente dicha. La Corte

1 Montpellier, 3 de Julio de 1847 (Dalloz, 1847, 2, 144).
2 La Corte de Tolosa dice que esta es la ratificación más enérgica y la menos equívoca. Sentencia de 15 de Junio de 1844, Dalloz, 1845, 4, 110 y siguientes).
3 En sentido contrario, Nimes, 9 de Marzo de 1846 y 3 de Mayo de 1847 (Dalloz, 1849, 2, 83).

de Casación dice que el contrato de matrimonio, no habiendo tenido nunca existencia, el esposo no presente cuando el acta no pudo ratificarlo como hecho en su nombre. (1) Creemos que tal es el verdadero principio y que no puede ser cuestión de confirmación, puesto que no hay acta viciada. La mayor parte de las sentencias que acabamos de citar hablan, sin embargo, de confirmación ó de ratificación en el sentido del art. 1,338.

52. Después de la disolución del matrimonio, los esposos ó sus herederos pueden arreglar sus intereses según el contrato de matrimonio que suponemos inexistente. Esto es de doctrina y de jurisprudencia. Pero importa precisar el carácter de estos arreglos. ¿Es una confirmación de las convenciones matrimoniales por la ejecución que de ellas hacen las partes ó sus herederos? Hemos dicho ya que un contrato inexistente no puede ser confirmado, ni siquiera por los herederos (núm. 46). El art. 1,340 no puede ser aplicado por analogía, porque es excepcional, y que la confirmación de la nada no se concibe. Si, pues, las partes interesadas ejecutan el contrato de matrimonio, hacen en realidad una mera convención que están libres para consentir, puesto que no se trata sino de intereses privados que siempre se pueden arreglar como se quiere.

La doctrina parece contraria. Aubry y Rau llaman á esta ejecución una ratificación y dicen que puede ser expresa ó tácita. (2) Este es el lenguaje del art. 1,338. Preguntarémos en dónde está, en este caso, el vicio que engendra una acción de nulidad, acción á la que renuncian las partes por una confirmación. Hay ausencia de consentimiento; lo que es más que un vicio manchando un contrato; resulta que el contrato no existe; esto es un vicio irreparable, pues cualquiera cosa que se haga, la nada permanece siempre nada.

1 Denegada, 6 de Abril de 1858 (Dalloz, 1858, 1, 224).
2 Aubry y Rau, t. V, pág. 235 y nota 10, pfo. 502 (4.ª edición).

Hay sentencias en el mismo sentido. La Corte de Nimes parte del principio que el contrato es nulo y que la nulidad es de orden público; pero la nulidad deja de ser de orden público en la disolución del matrimonio, los interesados pueden renunciarla, y se hacen con esto no admisibles para invocarla más adelante. Esta es la confirmación del acta, aunque la Corte no pronuncie esta palabra. La Corte de Montpellier dice terminantemente que la confirmación puede hacerse según el art. 1,338. (1) El lenguaje y la doctrina de la Corte de Casación son más exactos. Esta dice que después de la disolución del matrimonio está permitido á las partes arreglar sus intereses por una *mera acta*, como lo juzguen conveniente; pero esta convención no está regida por el artículo 1,338. En efecto, continúa la Corte, esta disposición supone la existencia de una acta tachada de vicios ó de nulidad que se trata de reparar ó de cubrir; no recibe aplicación al caso de una acta nula por una nulidad de orden público, acta que las partes ni siquiera pudieron hacer después de la disolución del matrimonio. La sentencia agrega que estos principios han sido consagrados por la sentencia atacada de la Corte de Tolosa y que resisten toda crítica. (2) La Corte se sirve de las palabras *nula y nulidad*; estos son los términos legales, no conociendo el Código la terminología que empleamos para mayor claridad, pero la Corte se sirve de la palabra *nula* en el sentido de *inexistente*; la sentencia de la Corte de Tolosa no deja ninguna duda acerca de este punto; dice que el contrato de matrimonio, al que no había asistido la futura esposa, era radicalmente nulo y reputado como no habiendo existido nunca.

53. ¿Quién puede prevalecerse de la no existencia del

1 Nimes, 6 de Agosto de 1851 (Dalloz, 1852, 2, 123).
2 Tolosa, 2 de Junio de 1857 (Dalloz, 1858, 2, 34), y Denegada, 6 de Abril de 1858 (Dalloz, 1858, 1 224). Una sentencia de la Sala Civil de 26 de Abril de 1869 (Dalloz, 1869, 1 246), dice una vez más: *ratificación*. Compárese Denegada, Sala Civil, 10 de Abril de 1866 (Dalloz, 1866, 1, 350).

contrato de matrimonio? Uno de los caracteres que distinguen á las actas inexistentes es que cualquiera parte interesada puede rechazar el acta que se le opone, no pudiendo la nada tener efecto con respecto á nadie; así, el esposo que no estuvo presente en el contrato, los terceros interesados á apartarlo, el mismo cónyuge que figuró en el acta pueden pedir que el contrato se declare inexistente. La doctrina (1) y la jurisprudencia están acordes en este punto; solo las sentencias parecen invocar los principios que rigen la nulidad de las actas más bien que los que conciernen á la existencia del contrato; quizá esto provenga de que la lengua francesa no tiene término especial para marcar que una acta no tiene existencia para con la ley. La Corte de Caen da como motivo que la nulidad es de orden público. (2) La Corte de Nimes se expresa aún más vagamente diciendo que la nulidad puede ser invocada por los terceros, puesto que el contrato interesa á los terceros; (3) y la Corte de Casación se limita á decir *que en semejante materia* los terceros pueden prevalecerse de la nulidad contra los esposos, como uno de estos últimos puede prevalecerse de ella contra el otro, contra los legatarios y contra los terceros. (4)

54. La inexistencia del contrato tiene consecuencias muy graves para los esposos y los terceros. A falta de contrato, los esposos están casados bajo el régimen de la comunidad legal. Y el contrato inexistente equivale á la nada. No hay contrato, lo que necesariamente conduce al régimen de la comunidad. (5) Como es en los países del Mediodía en donde el uso existe de no hacer figurar á la futura en el contrato de matrimonio, el acta estipula regularmente el régimen dotal;

1 Aubry y Rau, t. V, págs. 233 y siguientes, pfo. 502 (4.ª edición).
2 Caen, 9 de Mayo de 1844 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 265).
3 Nimes, 8 de Enero de 1850 (Dalloz, 1850, 2, 188).
4 Denegada, Sala Civil, 29 de Mayo de 1854 (Dalloz, 1854, 1, 207).
5 Denegada, Sala Civil, 29 de Mayo de 1854 (Dalloz, 1854, 1, 207). Aubry y Rau, t. V, pág. 234 y nota 4, pfo. 502, y las sentencias que citan.

mientras que, por razón de la existencia del contrato, los esposos se encuentran casados bajo el régimen de la comunidad legal que ellos ignoran y que seguramente no eligieron. La ley lo quiere por ellos, y su verdadera voluntad no puede tener efecto, puesto que no ha sido legalmente manifestada. Solo hay un remedio á este mal, y es que los notarios, ilustrados por la jurisprudencia, rehusen recibir actas en las que las partes no están presentes. En Bélgica, no existe este abuso, pero existe otro en materia de hipotecas que se constituyen muy frecuentemente sin la presencia del acreedor. Es bueno insistir en estas prácticas ilegales con el fin de desarraigarlas.

55. No hay muchos contratos de matrimonio sin donación. ¿Qué sucede con las liberalidades que hacen los terceros á los esposos, ó que los esposos se hacen el uno al otro, cuando el contrato es inexistente? No hay contrato de matrimonio, y la inexistencia de éste arrastra la de las liberalidades que en él constan. Esto no es dudoso en cuanto á las donaciones que solo pueden hacerse por contrato de matrimonio, tales como la institución contractual ó la donación modificada del art. 1,086; sin contrato de matrimonio, estas liberalidades no se conciben. Podría aún decirse igual cosa de la donación de bienes presentes, la que debe ser expresamente aceptada; si la donataria está ausente, se necesitaría una aceptación posterior por acta auténtica con notificación; á falta de estas formalidades, la donación sería nula. (1) Las cortes del Mediodía han hecho hasta lo imposible para salvar las donaciones. Se hace una donación por contrato de matrimonio á la futura por sus padres; la donataria no figura en el acta. La donación queda válida, dice la Corte de Nimes, por razón de que la donación fué suficientemente aceptada por el marido en nombre de la mujer de quien era

1 Aubry y Rau, t. V, pág. 234 y nota 5. En sentido contrario, Rodière y Pont, t. I, núm. 148.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

apoderado general y tenía poder para aceptar las donaciones que le hicieran. (1) La Corte se olvida que, cuando el contrato de matrimonio; no había aún marido ni mujer casada, y que no puede considerarse al futuro como apoderado general de la futura esposa. La Corte olvida también que la aceptación debe ser expresa y que si el donatario acepta por poder, es necesario que éste sea expreso y auténtico (artículos 932 y 933). Solo hay un medio para validar las donaciones, esto es, su ejecución; cuando se trata de cosas muebles, la liberalidad valdrá como donativo manual. Así sucedía en el caso juzgado por la Corte de Nimes; debió ésta atenerse á esta razón que era decisiva. (2)

56. Suponiendo válidas las liberalidades, se pregunta por qué ley serán regidas; ¿se aplicarán los principios de la comunidad legal? La afirmativa nos parece segura, á pesar de algunos disentimientos en la jurisprudencia. Cuando el contrato de matrimonio es inexistente, el régimen de los esposos es la comunidad legal; la consecuencia es, pues, que los donativos muebles hechos á los esposos caen en el activo de la comunidad; la mujer donataria no tiene el derecho de volverlos á tomar, puesto que no lo estipuló así. Se dirá en vano que los esposos han estipulado el régimen dotal, y que las donaciones se hicieron en vista de este régimen; luego como debiendo quedar en propios del donatario. La respuesta es sencilla y perentoria: todo cuanto los esposos y los terceros donantes han querido hacer, se reduce á la nada; legalmente solo existe el régimen de la comunidad, y sería soberanamente irracional introducir en este régimen una modificación en la que ni siquiera pensaron las partes; en cuanto al régimen dotal, no pueden prevalecerse de él, puesto que no existe. (3)

1 Nimes, 30 de Agosto de 1854 (Dalloz, 1856, 2, 107).
2 Tolosa, 5 de Marzo de 1852 (Dalloz, 1853, 2, 123). Pau, 1.° de Marzo de 1853 (*ibid.*, pág. 124).
3 Tolosa, 20 de Julio de 1852 (Dalloz, 1853, 2, 124). Montpellier, 9 de Diciembre de 1853 (Dalloz, 1855, 2, 112). Pau, 1.° de Marzo de 1853, y Casación, 9 de Enero de 1855 (Dalloz, 1855, 1, 28). La sentencia de Pau está muy bien motivada; fué casada por otra razón. En sentido contrario, Tolosa, 5 de Marzo de 1852 (Dalloz, 1853, 2, 123), y Nimes, 30 de Agosto de 1854 (Dalloz, 1856, 2, 107).

Conste al terminar que estas largas controversias son debidas á la ignorancia ó á la negligencia de los notarios: ¿pueden éstos ignorar que las partes deben presentarse ante ellos; y por qué no han exigido la ejecución de la ley?

§ III.—¿En qué epoca debe hacerse el contrato de matrimonio?

57. Según los términos del art. 1,394, las convenciones matrimoniales deben ser redactadas antes del matrimcnio. El art. 1,395 consagra una consecuencia de este principio: "Las convenciones matrimoniales no pueden recibir ningún cambio después de la celebración del matrimonio." Los autores del Código Civil han seguido en esta materia los principios del derecho de costumbres, el que, dice Troplong, se demuestra en este punto como en muchos otros, superior al derecho romano. (1) En los países de derecho escrito, se permitían las convenciones matrimoniales durante el matrimonio; el derecho de costumbres las prohibía, sobre todo por motivo de prohibir á los esposos hacerse ninguna liberalidad durante el matrimonio. Este motivo vino á caer, habiendo el Código permitido á los esposos hacerse donaciones, pero declarándolas irrevocables. Las razones por las que las costumbres prohibían las donaciones entre esposos, han inclinado al legislador moderno á mantener la prohibición de las convenciones matrimoniales durante el matrimonio. Es de la esencia de todo contrato que el consentimiento sea libre; y ya no lo es durante el matrimonio, entre los esposos; éstos pudieran abusar, ya sea del afecto, ya del poder para sacar convenciones que serían lesionarias para uno

1 Duranton, t. XIV, pág. 30, núm. 36. Troplong, t. I, pág. 107, núms. 170-173.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

apoderado general y tenía poder para aceptar las donaciones que le hicieran. (1) La Corte se olvida que, cuando el contrato de matrimonio; no había aún marido ni mujer casada, y que no puede considerarse al futuro como apoderado general de la futura esposa. La Corte olvida también que la aceptación debe ser expresa y que si el donatario acepta por poder, es necesario que éste sea expreso y auténtico (artículos 932 y 933). Solo hay un medio para validar las donaciones, esto es, su ejecución; cuando se trata de cosas muebles, la liberalidad valdrá como donativo manual. Así sucedía en el caso juzgado por la Corte de Nimes; debió ésta atenerse á esta razón que era decisiva. (2)

56. Suponiendo válidas las liberalidades, se pregunta por qué ley serán regidas; ¿se aplicarán los principios de la comunidad legal? La afirmativa nos parece segura, á pesar de algunos disentimientos en la jurisprudencia. Cuando el contrato de matrimonio es inexistente, el régimen de los esposos es la comunidad legal; la consecuencia es, pues, que los donativos muebles hechos á los esposos caen en el activo de la comunidad; la mujer donataria no tiene el derecho de volverlos á tomar, puesto que no lo estipuló así. Se dirá en vano que los esposos han estipulado el régimen dotal, y que las donaciones se hicieron en vista de este régimen; luego como debiendo quedar en propios del donatario. La respuesta es sencilla y perentoria: todo cuanto los esposos y los terceros donantes han querido hacer, se reduce á la nada; legalmente solo existe el régimen de la comunidad, y sería soberanamente irracional introducir en este régimen una modificación en la que ni siquiera pensaron las partes; en cuanto al régimen dotal, no pueden prevalecerse de él, puesto que no existe. (3)

1 Nimes, 30 de Agosto de 1854 (Dalloz, 1856, 2, 107).
2 Tolosa, 5 de Marzo de 1852 (Dalloz, 1853, 2, 123). Pau, 1.° de Marzo de 1853 (*ibid.*, pág. 124).
3 Tolosa, 20 de Julio de 1852 (Dalloz, 1853, 2, 124). Montpellier, 9 de Diciembre de 1853 (Dalloz, 1855, 2, 112). Pau, 1.° de Marzo de 1853, y Casación, 9 de Enero de 1855 (Dalloz, 1855, 1, 28). La sentencia de Pau está muy bien motivada; fué casada por otra razón. En sentido contrario, Tolosa, 5 de Marzo de 1852 (Dalloz, 1853, 2, 123), y Nimes, 30 de Agosto de 1854 (Dalloz, 1856, 2, 107).

Conste al terminar que estas largas controversias son debidas á la ignorancia ó á la negligencia de los notarios: ¿pueden éstos ignorar que las partes deben presentarse ante ellos; y por qué no han exigido la ejecución de la ley?

§ III.—¿En qué epoca debe hacerse el contrato de matrimonio?

57. Según los términos del art. 1,394, las convenciones matrimoniales deben ser redactadas antes del matrimcnio. El art. 1,395 consagra una consecuencia de este principio: "Las convenciones matrimoniales no pueden recibir ningún cambio después de la celebración del matrimonio." Los autores del Código Civil han seguido en esta materia los principios del derecho de costumbres, el que, dice Troplong, se demuestra en este punto como en muchos otros, superior al derecho romano. (1) En los países de derecho escrito, se permitían las convenciones matrimoniales durante el matrimonio; el derecho de costumbres las prohibía, sobre todo por motivo de prohibir á los esposos hacerse ninguna liberalidad durante el matrimonio. Este motivo vino á caer, habiendo el Código permitido á los esposos hacerse donaciones, pero declarándolas irrevocables. Las razones por las que las costumbres prohibían las donaciones entre esposos, han inclinado al legislador moderno á mantener la prohibición de las convenciones matrimoniales durante el matrimonio. Es de la esencia de todo contrato que el consentimiento sea libre; y ya no lo es durante el matrimonio, entre los esposos; éstos pudieran abusar, ya sea del afecto, ya del poder para sacar convenciones que serían lesionarias para uno

1 Duranton, t. XIV, pág. 30, núm. 36. Troplong, t. I, pág. 107, núms. 170-173.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

de ellos, por esto solo que serían demasiado favorables para el otro. El interés de los terceros exige también que existan convenciones seguras, inmutables; á partir de la celebración del matrimonio, pueden oponérselas; importa, pues, que puedan conocerlas y que no tengan el temor de incesantes cambios. El orador del Gobierno insiste en los fraudes á que daba lugar el principio romano: lo pasado, dice Berlier, ofrece muchos ejemplos; la nueva ley los evitará. (1)

58. El principio establecido por el art. 1,394 ¿es aplicable á los contratos de matrimonio que los franceses hacen en país extranjero? La Corte de Casación asienta en principio que la determinación de la época en la que debe intervenir el contrato de matrimonio, como todo lo que se liga á su forma exterior, está sometido á la regla *Locus regit actum* (2) Esto es verdad cuando se trata de un contrato no solemne; pero en los contratos solemnes, la forma y todo lo que se relaciona con ella, son de la substancia del acta. Unas convenciones matrimoniales hechas después de la celebración del matrimonio no son un contrato de matrimonio. Hay, pues, que aplicar á la época lo que acabamos de decir de la autenticidad de las actas hechas en el extranjero (núm. 49). Se objeta que las disposiciones de los arts. 1,394 y 1,395 no crean una incapacidad personal para contraer y no forman, por consiguiente, un estatuto personal que siga, como tal, á los franceses en países extranjeros. (3) Esto es presentar mal la cuestión: la máxima *Locus regit actum* constituye una ley aparte que no puede clasificarse en los estatutos personales ni entre los estatutos reales; es un estatuto particular que debe interpretarse de un modo diferente, según la diversidad de las actas (t. 1, núms. 99-104).

59. Supongamos que unas convenciones matrimoniales

1 Berlier, *Exposición de motivos*, núm. 8 (Locré, t. VI, pág. 390). Siméon, *Discursos*, núm. 15 (Locré, t. VI, pág. 461).

2 Casación, 11 de Julio de 1855 (Dalloz, 1856, 1, 9).

3 Montpellier, 25 de Abril de 1844 (Dalloz, 1845, 2, 36). Aubry y Rau, tomo V, pág. 252 y nota 2, pfo. 503 *bis*.

fueron redactadas después de la celebración del matrimonio. ¿Serán éstas nulas? La nulidad no es muy dudosa; es verdad que la ley no la pronuncia, pero los motivos que hicieron establecer la prohibición del art. 1,394 son de tal gravedad, que debe admitirse la nulidad virtual fundada en la intención evidente del legislador. (1) Creemos que debe irse más allá y declarar inexistentes las convenciones posteriores al matrimonio. En efecto, la época en la que debe redactarse una acta se relaciona con su forma; luego con la solemnidad en los contratos solemnes, lo que decide la cuestión. Esto se funda también en la razón; la ley supone que el consentimiento no existiría si fuera dado después del matrimonio; habría consentimiento aparente; en realidad, uno de los esposos cuando menos haría lo que no quiere hacer; luego no hay consentimiento ni contrato.

60. Las consecuencias del principio son las que hemos deducido varias veces. Se lee en una excelente obra, que la nulidad del contrato de matrimonio resultando de que fué redactado posteriormente al matrimonio no puede, durante éste último, ser cubierta con ninguna confirmación expresa ni tácita. A decir verdad, no puede tratarse de confirmación. El contrato es inexistente, y como tal, no puede ser confirmado. Cuando la celebración del matrimonio, no había contrato; luego los esposos se han casado bajo el régimen de la comunidad legal; el acta redactada posteriormente al matrimonio vendría, pues, á cambiar la convención tácita consentida por los esposos al casarse; y las convenciones matrimoniales, expresas ó tácitas, son inmutables, como lo dirémos más adelante. Luego la pretendida confirmación no se concibe, puesto que sería una convención matrimonial hecha durante el matrimonio, lo que la ley prohíbe. Los señores Aubry y Rau agregan que después de la disolución del matrimonio nada se opone á la confirmación del contrato re-

1 Véase el tomo I de mis *Principios*, págs. 103 y 105, núms. 67 y 68.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

dactado durante el mismo; concluyen de esto que á contar desde la muerte de uno de los esposos, la acción de nulidad prescribe en diez años. Hay una sentencia de la Corte de Casación en este sentido. (1) Creemos que el principio y la consecuencia están en oposición con la misma noción de la confirmación. Esta supone que hay un vicio y una acción de nulidad que de él resulta; luego un contrato que es preciso atacar porque tiene una existencia legal. Todas estas condiciones faltan en el caso: no hay contrato de matrimonio, hay el régimen de la comunidad legal que han adoptado los esposos al casarse sin hacer contrato. El pretendido contrato que han redactado los esposos durante el matrimonio no tiene existencia legal; si se quiere llamar esto un vicio, es un vicio irreparable; no hay, pues, lugar á una acción de nulidad; ni siquiera se concibe que se pida la nulidad de la nada. Tampoco se concibe la confirmación del pretendido contrato hecho durante el matrimonio, si se consideran los efectos de la confirmación. Esta retrotrae en el sentido de que el contrato confirmado está considerado como habiendo sido válido siempre. Si, pues, se admitiera la confirmación del contrato pasado después de la celebración del matrimonio, habría un contrato válido redactado después del casamiento, y este contrato derogaría á la comunidad legal que los esposos han consentido al casarse sin contrato. Tantas suposiciones cuantas herejías. Lo que se llama una confirmación del contrato de matrimonio es, en realidad, una nueva convención que las partes interesadas pueden hacer como les convenga, puesto que se trata de intereses puramente privados. Resulta de esto que no puede ser cuestión de la prescripción de diez años, que no es otra cosa sino una confirmación tácita.

61. Se pregunta si se puede prevalecerse de la nulidad de

1 Aubry y Rau, t. V, pág. 253 y nota 4, pfo. 503 *bis*. Denegada, 31 de Enero de 1833 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 310).

de las convenciones matrimoniales redactadas durante el matrimonio, y se contesta que la nulidad puede ser opuesta por cualquiera parte interesada. (1) En nuestra opinión, la cuestión debe ser propuesta de otra manera, bien que se llegue á la misma conclusión. El contrato es más que nulo, es inexistente; y cualquiera persona interesada puede siempre pedir que un contrato que no tiene existencia legal, sea declarado inexistente, ni siquiera se necesita promover en justicia; se puede, en toda época, oponer la inexistencia del acta por vía de excepción. (2)

62. Las graves consecuencias que proceden de la inexistencia del contrato redactado posteriormente á la celebración del matrimonio, dan interés á la cuestión de saber cómo puede probarse que el contrato ha sido redactado después del matrimonio. Para que la dificultad se presente, es necesario suponer que las convenciones matrimoniales han sido redactadas el día de la celebración del matrimonio; desde que hay un intervalo entre las dos actas, la fecha está establecida por las actas, las que, auténticas una y otra, hacen fe por su fecha hasta inscripción por falsedad. No se pudiera, pues, probar sino inscribiéndose por falsedad, que un contrato de matrimonio con fecha anterior á la celebración del casamiento, fué redactado posteriormente. Pero si ambas actas son de misma fecha, es inseguro que el contrato de matrimonio haya sido redactado antes del matrimonio. La dificultad está en saber cómo se hará la prueba. Si el contrato no contiene ninguna indicación á este respecto, las partes interesadas serán admitidas á probar por testigos el momento de la redacción, pues este es un hecho material que por sí no produce ninguna consecuencia jurídica, y los hechos materiales se prueban por tes-

1 Aubry y Rau, t. V, pág. 253, pfo. 503 *bis* (4.ª edición).
2 Compárese Denegada, Sala Civil, 18 de Agosto de 1840 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 312).

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

tigos. Pero ordinariamente el contrato de matrimonio califica á las partes de futuros esposos, y el notario declara en él que es en vista del matrimonio que éstas se proponen contraer, como hacen estipulaciones matrimoniales. ¿Deberá uno inscribirse por falsedad contra estas menciones, ó es admisible la prueba testimonial? La cuestión ha sido decidida en este último sentido por la Corte de Casación; creemos que sentenció bien, pero importa precisar los verdaderos motivos de la decisión. En el caso, el acta de celebración de matrimonio había sido redactada á las ocho de la mañana. El mismo día se hizo un contrato de matrimonio ante notario: los contrayentes están en él varias veces calificados de futuros esposos; el acta dice que en vista del matrimonio propuesto, las partes han fijado las convenciones civiles como sigue: adoptan el régimen dotal, y la futura se constituye una dote. Este contrato fué atacado después de la muerte de la esposa por haber sido hecho después de la celebración del matrimonio. El proceso versó acerca de la la cuestión de saber si la prueba testimonial era admitida ó si había que inscribirse por falsedad.

Para decidir la dificultad es necesario, ante todo, determinar el carácter de las menciones de las que se inducía que el contrato había sido hecho antes de la celebración del matrimonio. ¿Era esto la obra del notario, ó el oficial público solo había hecho constar las declaraciones de las partes? La redacción del acta es seguramente obra del notario, puesto que él la hace; en cuanto á las partes, se limitan en un contrato de matrimonio á dar á conocer al notario las convenciones que pretenden hacer relativas á sus bienes; no están obligadas á declarar si están ó nó casadas; el notario supone naturalmente que no lo están, puesto que las convenciones matrimoniales deben preceder al matrimonio; es en esta suposición como los califica de futuros esposos y que habla de la unión que se proponen contraer. Así, la mención de don-

de se quería inducir que el contrato de matrimonio había sido recibido antes del matrimonio, era obra del notario. Esto decidía la cuestión. El notario solo puede hacer constar los hechos que tiene misión de comprobar; y la ley no le encarga de comprobar si el matrimonio ha sido ó nó celebrado; luego todas las menciones que tuvieran por objeto establecer este hecho, son extrañas al acta; por consiguiente, no hacen ninguna fe, ni siquiera la fe de un testimonio. Esto es la aplicación de los principios generales que rigen la fuerza probante del acta auténtica (t. XIX, núm. 132). La consecuencia es que no se debe inscribirse por falsedad contra el acta y que la prueba testimonial es admisible.

La Corte de Riom y la Corte de Casación se han colocado en otro terreno. Estas consideran las menciones relativas al futuro matrimonio como enunciaciones extrañas á la disposición, y no haciendo fe con este título, sino como principio de prueba por escrito; luego no haciendo fe hasta inscripción por falsedad. Esto nos parece exacto. Las enunciaciones de que habla el art. 1,320 son declaraciones procedentes de las partes de las que el notario redacta el acta, mientras que suponemos que las menciones proceden del notario.

Se pretendía prevalecerse además, en este debate, del artículo 1,341 que desecha toda prueba por testigos contra y además de lo contenido en las actas. Nos parece que esta disposición es extraña á la cuestión. Ella supone que las partes quieren prevalecerse de lo que hubiera sido convenido cuando la redacción del acta sin que constara en ésta; se trata, pues, de cláusulas del contrato, mientras que el hecho litigioso nada tenía de común con las convenciones matrimoniales; no se podía, pues, decir que las partes que pedían probar la anterioridad del matrimonio querían probar contra el contenido del acta. (1)

1 Riom, 11 de Enero de 1837, y Denegada, Sala Civil, 18 de Agosto de 1840

63. El principio que el contrato de matrimonio posterior al casamiento es inexistente, no debe ser entendido en este sentido que el acta conteniendo las convenciones matrimoniales es igualmente inexistente. No deben confundirse las convenciones con el escrito en que éstas constan. El escrito puede ser válido en la forma, aunque la convención que relata sea nula ó inexistente. Y si el acta como tal, es válida, resulta que las convenciones extrañas al matrimonio son también válidas; para decir mejor, el acta probará la existencia de estas convenciones, si son contratos no solemnes, como una venta ó un arrendamiento. Debe decirse más: las donaciones que hiciera un tercero en esta acta á los esposos, serían válidas si las formas requeridas para las donaciones habían sido observadas. En efecto, las donaciones hechas por terceros pueden ser recibidas por acta auténtica ordinaria, y suponemos que el acta vale como auténtica; suponemos también que la donación fué aceptada, pues el acta siendo inexistente como contrato de matrimonio, el donatario no podría invocar el art. 1,087 que dispensa de la aceptación expresa á las donaciones hechas por contrato de matrimonio. En cuanto á las donaciones que solo pueden hacerse por contrato de matrimonio, como la institución contractual, se entiende que caerían con el contrato, fuera del cual no tienen existencia legal. (1)

Ha sido resuelto que el contrato de matrimonio aunque nulo por haber sido redactado después del casamiento, hacía no obstante prueba por lo que los esposos aportan. En el caso, el contrato había sido redactado cinco días después del matrimonio; la Corte nota esta circunstancia, y después decide que el acta solo puede valer como constancia de los hechos que relata, particularmente por la cantidad de

(Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 312). En el mismo sentido, Aubry y Rau, t. V, pág. 252 y nota 3; Troplong, t. I, pág. 108, núm. 177.

1 Denegada, Sala Civil, 11 de Noviembre de 1828 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 306). Aubry y Rau, t. V, págs. 253 y siguientes, y nota 5, pfo. 503 *bis* (4.ª edición).

100,000 francos aportada por la esposa. (1) La decisión es muy jurídica. En principio, el acta notariada que suponemos válida como tal, hace prueba á título de acta auténtica por los hechos que en ella constan, solo que las convenciones matrimoniales son inexistentes. Lo aportado no es una convención matrimonial propiamente dicha, concierne al monto de la dote ó de los bienes de la mujer; en el acta consta, pues, ó una liberalidad, lo que entra en la hipótesis que acabamos de examinar, ó los bienes que la mujer poseía al casarse, lo que puede hacerse por ata auténtica, independientemente de las convenciones matrimoniales. Esto es el derecho común, pero la prueba que resulta de una acta es una cuestión de interpretación; luego los hechos y circunstancias de la causa deben tomarse en consideración. Si el escrito era posterior de varios años á la celebración del casamiento, la constancia de lo aportado se haría sospechosa, y por consiguiente, los jueces pudieran no admitir el acta como prueba de ello. Quedaría probado hasta inscripción por falsedad que la mujer declara aportar tal cantidad, pero la verdad de esta declaración pudiendo ser combatida por la prueba contraria, quedaría el juez en difinitiva, libre para admitir lo aportado ó desecharlo.

§ IV.—De la irrevocabilidad de las convenciones matrimoniales.

Núm. 1. Nulidad de los cambios.

64. Según los términos del art. 1,395, las convenciones matrimoniales no pueden recibir ningún cambio después de la celebración del matrimonio. Esta disposición deroga al derecho común; aunque las convenciones sirvan como leyes para las partes, éstas pueden revocarlas de mútuo consen-

1 Riom, 24 de Agosto de 1846 (Dalloz, 1847, 4, 110). Aubry y Rau, t. V, pág. 254, pfo. 503 *bis*.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

63. El principio que el contrato de matrimonio posterior al casamiento es inexistente, no debe ser entendido en este sentido que el acta conteniendo las convenciones matrimoniales es igualmente inexistente. No deben confundirse las convenciones con el escrito en que éstas constan. El escrito puede ser válido en la forma, aunque la convención que relata sea nula ó inexistente. Y si el acta como tal, es válida, resulta que las convenciones extrañas al matrimonio son también válidas; para decir mejor, el acta probará la existencia de estas convenciones, si son contratos no solemnes, como una venta ó un arrendamiento. Debe decirse más: las donaciones que hiciera un tercero en esta acta á los esposos, serían válidas si las formas requeridas para las donaciones habían sido observadas. En efecto, las donaciones hechas por terceros pueden ser recibidas por acta auténtica ordinaria, y suponemos que el acta vale como auténtica; suponemos también que la donación fué aceptada, pues el acta siendo inexistente como contrato de matrimonio, el donatario no podría invocar el art. 1,087 que dispensa de la aceptación expresa á las donaciones hechas por contrato de matrimonio. En cuanto á las donaciones que solo pueden hacerse por contrato de matrimonio, como la institución contractual, se entiende que caerían con el contrato, fuera del cual no tienen existencia legal. (1)

Ha sido resuelto que el contrato de matrimonio aunque nulo por haber sido redactado después del casamiento, hacía no obstante prueba por lo que los esposos aportan. En el caso, el contrato había sido redactado cinco días después del matrimonio; la Corte nota esta circunstancia, y después decide que el acta solo puede valer como constancia de los hechos que relata, particularmente por la cantidad de

(Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 312). En el mismo sentido, Aubry y Rau, t. V, pág. 252 y nota 3; Troplong, t. I, pág. 108, núm. 177.

1 Denegada, Sala Civil, 11 de Noviembre de 1828 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 306). Aubry y Rau, t. V, págs. 253 y siguientes, y nota 5, pfo. 503 *bis* (4.ª edición).

100,000 francos aportada por la esposa. (1) La decisión es muy jurídica. En principio, el acta notariada que suponemos válida como tal, hace prueba á título de acta auténtica por los hechos que en ella constan, solo que las convenciones matrimoniales son inexistentes. Lo aportado no es una convención matrimonial propiamente dicha, concierne al monto de la dote ó de los bienes de la mujer; en el acta consta, pues, ó una liberalidad, lo que entra en la hipótesis que acabamos de examinar, ó los bienes que la mujer poseía al casarse, lo que puede hacerse por ata auténtica, independientemente de las convenciones matrimoniales. Esto es el derecho común, pero la prueba que resulta de una acta es una cuestión de interpretación; luego los hechos y circunstancias de la causa deben tomarse en consideración. Si el escrito era posterior de varios años á la celebración del casamiento, la constancia de lo aportado se haría sospechosa, y por consiguiente, los jueces pudieran no admitir el acta como prueba de ello. Quedaría probado hasta inscripción por falsedad que la mujer declara aportar tal cantidad, pero la verdad de esta declaración pudiendo ser combatida por la prueba contraria, quedaría el juez en difinitiva, libre para admitir lo aportado ó desecharlo.

§ IV.—De la irrevocabilidad de las convenciones matrimoniales.

Núm. 1. Nulidad de los cambios.

64. Según los términos del art. 1,395, las convenciones matrimoniales no pueden recibir ningún cambio después de la celebración del matrimonio. Esta disposición deroga al derecho común; aunque las convenciones sirvan como leyes para las partes, éstas pueden revocarlas de mútuo consen-

1 Riom, 24 de Agosto de 1846 (Dalloz, 1847, 4, 110). Aubry y Rau, t. V, pág. 254, pfo. 503 *bis*.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

timiento (art. 1,134). ¿Por qué no permite el Código á los esposos retirar su consentimiento? Hemos dado las razones por las que las convenciones matrimoniales no pueden ser redactadas durante el matrimonio; estas mismas razones se oponen á que el contrato hecho antes del matrimonio pueda cambiarse después de él. En efecto, todo cambio á una convención matrimonial es en sí una convención matrimonial; no puede, pues, haber cambio otro que la primera convención. (1)

65. El art. 1,395 contiene una prohibición sin sancionarla con la pena de nulidad. Excepto el disentimiento de Toullier, todos los autores están acordes en enseñar que los cambios que hicieran los esposos á sus convenciones matrimoniales después de la celebración del matrimonio, son nulos. Creemos inútil discutir la opinión de Toullier; se sabe que su tratado *Del Contrato de Matrimonio*, obra de su vejez, está lleno de errores ó de paradojas: ¿qué útilidad pudiera tener el combatir, después de tantas otras opiniones que nunca encontraron eco en la doctrina ni en la jurisprudencia? (2)

Los autores no se explican acerca del punto de saber si los cambios son nulos ó inexistentes. Si se admite la opinión que hemos enseñado acerca de las convenciones matrimoniales, redactadas después de la celebración del matrimonio, debe admitirse que los cambios no tienen existencia legal, porque constituyen una convención matrimonial; los motivos para decidir son idénticos. Si los autores del Código quieren que el contrato sea inmutable, ya que el matrimonio está celebrado, es porque el consentimiento dado por los esposos sería viciado en substancia, su voluntad no siendo libre. Es verdad que la violencia solo vicia el contrato, sin hacerlo inexistente; pero, en el caso, no hay violencia

1 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 17, núm. 11 *bis* XI.

2 Toullier, t. VI, 2, pág. 26, núms. 24-41. En sentido contrario, Demante, en la *Themis*, t. VIII, pág. 229. Duranton, t. XIV, pág. 31; núm. 38 y todos los autores.

propiamente dicha, la influencia de uno de los esposos en el otro, puede ser tal, que haya ausencia de consentimiento, lo que arrastra la inexistencia del acta (núm. 59).

66. El art. 1,395 habla de las *convenciones* matrimoniales. ¿Debe concluirse de esto que el principio de la inmutabilidad solo se aplica al contrato de matrimonio redactado por acta notariada? Nó, seguramente; los esposos que se casan sin contrato, hacen también convenciones matrimoniales; lo que la ley llama comunidad *legal*, no es otra cosa sino un régimen tácitamente convenido por los esposos. El texto del art. 1,395 recibe, pues, su aplicación: hay convenciones matrimoniales, por consiguiente, éstas no pueden ser cambiadas. En cuanto al espíritu de la ley, no es dudoso. La comunidad legal que existe á falta de contrato, es el régimen de derecho común; debe de quedar al abrigo de todo cambio, tanto como el régimen que los esposos hubiesen estipulado por acta notariada. Lo dice el Código implícitamente en el art. 1,404, como lo explicarémos más adelante. Esta es la tradición, y la cosa no es dudosa. (1)

67. El principio de la inrrevocabilidad de las convenciones matrimoniales significa: que los esposos no pueden por ninguna acta derogarlo, cualquiera que sea esta acta. Fué sentenciado que un testamento no puede derogar á un contrato de matrimonio. Esta decisión, aunque el art. 1,395 esté en ella apuntado, es menos que una aplicación del principio de la inrrevocabilidad, que una consecuencia de los derechos adquiridos en virtud del contrato de matrimonio. El contrato estipulaba que la comunidad no tendría lugar sino entre los esposos y los hijos que nacieran de su matrimonio; los esposos declaraban terminantemente excluirla para con los herederos colaterales. Ningún hijo nació del matrimonio; la mujer murió dejando un testamento por el que legaba sus propios y su parte en las gananciales á sus

1 Pothier, *Introducción al Tratado de la comunidad*, núm. 18.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

herederos, y los llamaba en consecuencia, á la partición de la comunidad. Esto era atacar un derecho adquirido por el marido y sus herederos; como lo dice la Corte de Casación, disponiendo de las gananciales, la mujer disponía realmente de la cosa agena. La Corte dice también que la sentencia atacada había hecho una justa aplicación del artículo 1,395. (1) Nos parece que este artículo estaba fuera de causa; supone una nueva convención que deroga la primera; y no había ninguna nueva convención; luego no había contra-letra propiamente dicha.

68. Se sentenció que las convenciones que derogan al contrato de matrimonio, pueden ser ratificadas; es decir, confirmadas después de la disolución del matrimonio, por la ejecución que se les da. (2) Esto supone que las convenciones derogatorias son solo nulas; es decir, que dan lugar á una acción por nulidad, á la que las partes interesadas pueden renunciar confirmando el acta. Si se admite, como lo hemos dicho (núm. 65), que las convenciones posteriores al matrimonio son inexistentes, ya no puede ser cuestión de confirmarlas; todo lo que pueden hacer las partes es arreglar sus intereses conforme á sus convenciones. Esto no será una confirmación, será un nuevo contrato. Tr n ladamos á lo que se dijo acerca del contrato que los esposos hicieron después de la celebración del matrimonio (núm. 60).

Núm. 2. ¿Cuándo hay cambio?

69. La ley prohíbe redactar el contrato de matrimonio después de la celebración del casamiento, y por consiguiente, prohíbe todo cambio que pudiera hacérsele después de celebrado el matrimonio (arts. 1,394 y 1,395); se sigue de

1 Denegada, 27 de Mayo de 1827 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 344).

2 Metz, 26 de Noviembre de 1823 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 387).

esto que toda convención relativa á los derechos matrimoniales, hecha durante el matrimonio, es inexistente, ya sea como nueva convención, ya como convención derogatoria al contrato hecho antes de casarse. Acerca de las nuevas convenciones no hay ningnna duda; pero hay numerosas objeciones acerca de los cambios. Cualquier cambio implica una derogación, ya sea porque se agregue, ya porque se quite, ó porque se modifique el contrato preexistente. Para que haya cambio es, pues, preciso que la nueva convención y la primera no puedan coexistir. No es necesario que la derogación sea directa; cuando la ley prohíbe hacer una convención directamente, prohíbe por esto mismo hacerla indirectamente. Esto es el derecho común, y el Código hace aplicación de él en el art. 1,404 que explicarémos más adelante. (1)

70. Pothier dice que las convenciones que solo fueron explicativas del contrato de matrimonio, y que no encerrasen nada nuevo, serían válidas. Es de la esencia de la interpretación el no contener nada nuevo, ni nada contrario á la convención interpretada; sí, pues, el acta interpretativa, no traspasa los límites de la interpretación, será válida en el sentido que no es contraria al art. 1,395. ¿Quiere decir esto que la convención interpretativa tendrá la misma fuerza que el contrato interpretado? Si se tratase de una convención ordinaria, habría que responder afirmativamente, porque el mútuo consentimiento de las partes contrayentes basta para revocar la convención como para formarla. No sucede así con los contratos solemnes; éstos no tienen existencia legal sino cuando han sido hechos con las solemnidades prescriptas por la ley; es, pues, imposible que una convención interpretativa, redactada durante el matrimonio, tenga el mismo efecto que una convención matrimo-

1 Gante, 27 de Diciembre de 1867 (*Pasicrisia*, 1868, 2, 90).

rial; desde luego no obliga al juez, solo está ligado por el contrato primitivo, anterior al matrimonio; esto es decir que la interpretación aun consentida por ambos esposos, no sería válida como convención matrimonial, solo tendrá una autorización de razón. (1) Es sin duda por este motivo por lo que las partes no hacen convenciones interpretativas; por lo de más, la jurisprudencia no ofrece ejemplo de ellas.

71. La prohibición establecida por los arts. 1,394 y 1,395 se aplica á toda clase de *convenciones matrimoniales*. Hemos dicho ya que no basta para una convención matrimonial que conste en un contrato de matrimonio. Cuando un contrato extraño al matrimonio está redactado en la misma acta que contiene las convenciones matrimoniales hay dos contratos distintos, regidos cada uno por los principios que la ley establece; á las convenciones matrimoniales, se aplican los arts. 1,394 y 1,395, las demás quedan bajo el imperio del derecho común. (2) La Corte de Nimes desconoció esta distinción que resulta de la naturaleza de las cosas. Por contrato de matrimonio, la futura arrienda sus inmuebles á sus padres; posteriormente hace á éstos remesa por el precio del arrendamiento. La Corte sentenció que esta remesa es un cambio á las convenciones matrimoniales, y que, por consiguiente, es nula. (3) ¿Qué tiene de común un arrendamiento con el matrimonio y los derechos de los esposos en cuanto á sus bienes? Sin embargo, la decisión puede ser justa si en virtud del contrato de matrimonio las rentas pertenecían al marido á título de frutos, para ayudarle á soportar los cargos del matrimonio; la noticia nos deja en la incertidumbre acerca de este punto: No dice si se trataba de un bien dotal ó parafernal, ni siquiera bajo qué régimen estaban casados los esposos.

1 Pothier, *Introducción al Tratado de la comunidad*, núm. 13. Marcadé, tomo V, pág. 428, núm. 4 del artículo 1,397. Compárese Rodiére y Pont, t. I, pág. 90, núm. 138.
2 Troplong, t. I, pág. 121, núm. 221.
3 Nimes, 7 de Febrero de 1852 (Dalloz, 1855, 5, 112).

72. ¿Se aplica la prohibición á las donaciones contenidas en el contrato de matrimonio? Las liberalidades son muy usuales en las convenciones matrimoniales, se relacionan directamente con el matrimonio, que tienen por objeto favorecer; son, pues, convenciones matrimoniales en el sentido de los arts. 1,394 y 1,395. Pothier cita como ejemplo de las convenciones que ordinariamente se encuentran en un contrato de matrimonio, á las instituciones contractuales; en seguida dice tratando de los caracteres propios á las convenciones matrimoniales, que no se permite á las partes derogarlas en nada, una vez celebrado el matrimonio, y comprende en esta regla á las donaciones contenidas en el contrato. (1) La Corte de Casación ha sentenciado, en consecuencia, que la convención por la que el marido consiente que la donación que se le hace por plena propiedad por su mujer en el caso que ésta se muera, se reduzca al usufructo de los bienes donados, es un cambio á las convenciones matrimoniales, y como tal, herido de nulidad. (2) Se sostenía que el art. 1,394 solo se aplicaba á las convenciones matrimoniales propiamente dichas, y no á las donaciones por contrato de matrimonio. La Corte contesta que la ley es absoluta y no distingue. En el caso, no podía haber duda, puesto que el contrato decía que los futuros esposos hacían del donativo litigioso una disposición contractual, una disposición de su matrimonio destinada á estrechar los lazos de su comunidad legal. Tal es, expreso ó nó, el carácter de todas las liberalidades que se hacen por contrato de matrimonio.

73. ¿Se aplica la prohibición á las convenciones que los esposos hacen con los terceros? Sí, cuando estas convenciones derogan á una convención matrimonial. En efecto, la ley no distingue y no hay lugar á distinguir. No hay nin-

1 Pothier, *Introducción al Tratado del contrato de matrimonio*, núms. 2 y 18.
2 Denegada, 9 de Noviembre de 1824 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 324).

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

guna duda cuando el tercero ha sido parte en el matrimonio y que la cláusula en que figura es la que se encuentra modificada ó derogada por la nueva convención. Por ejemplo, dice Toullier, si el marido á quien su padre ó un extraño hubiera prometido una dote se comprometía á no exigir esta suma, esto es una derogación á una convención matrimonial, porque es seguro que las liberalidades contraídas en el contrato de matrimonio son la ley bajo la que la unión fué contraída. (1) Dirémos más adelante cuál es el efecto de las convenciones que los esposos hacen con los terceros que no han sido partes en el contrato de matrimonio.

Por ahora basta hacer constar que el principio de la irrevocabilidad de las convenciones matrimoniales no impide que los esposos contraten con los terceros á título oneroso ó gratuito. La irrevocabilidad de lo que fué convenido por contrato de matrimonio no es la incapacidad para contraer, dejando esas convenciones intactas. Si no se llegaría á inmovilizar la condición de bienes tal cual existen cuando la celebración del matrimonio: Los esposos no podrían vender, arrendar, ni hacer ninguna especie de convención relativa á sus bienes, porque toda nueva convención traería una innovación al estado de cosas que existía cuando el contrato de matrimonio. La Corte de Bruselas lo sentenció así en principio, y la cosa no es dudosa. (2)

74. ¿Se opone el principio de la irrevocabilidad de las convenciones matrimoniales á que hagan nuevas donaciones á los esposos? Nó, seguramente; los esposos pueden adquirir á título gratuito y á título oneroso; estas nuevas adquisiciones son un aumento de fortuna, pero no modifican las convenciones matrimoniales. Si los esposos están casados bajo el régimen de la comunidad, la asociación conyugal se encontrará más rica, ya en capital, ya en productos, pero nada habrá cambiado en el régimen. Así sucedería aunque la nueva donación fuese hecha por aquellos que han dotado á los esposos por contrato matrimonial. Cuando la fortuna de los padres aumenta, dan una dote más considerable á sus hijos que se casan desde que se han vuelto más ricos; la equidad quiere, en este caso, que la igualdad se restablezca entre los hijos casados anteriormente y los recién casados, lo que se hace por un aumento de la dote señalada á los primeros. Esta liberalidad no deroga á la que el donante ha hecho ya; ésta queda entera, no se la toca, no hay, pues, cambio traído á una convención matrimonial. (1) La jurisprudencia está en este sentido. Por contrato de matrimonio, el futuro reconoce haber recibido 30,000 libras monto de lo que aporta su futura esposa. Una acta notariada redactada durante el matrimonio, hace constar que la madre política ha pagado al marido desde su casamiento una suma de 50,000 libras en dinero; la madre declara haber hecho donación de esta suma á su hija. Habiéndose abierto una orden contra los bienes del marido, la mujer pidió que se la colocara por una suma de 80,000 francos. El marido opuso que el acta teniendo recibo de 50,000 francos era una contraletra y nula como tal. Esta pretensión admitida por la Corte de Apelación, fué desechado por la Corte de Casación; esto era un aumento de dote que no traía ningún cambio á las convenciones matrimoniales. (2)

La Corte de Casación ha hecho aplicación del mismo principio en un caso que presentaba alguna duda. El padre del futuro le había hecho donación por 250,000 francos por contrato de matrimonio, á título de anticipo de herencia, y con la estipulación del derecho de devolución en el caso que el donante y sus hijos murieran antes que él. Más tarde el

1 Toullier, t. VI, pág. 54, núm. 62. Aubry y Rau, t. V, pág. 255, nota 12.
2 Bruselas, 9 de Marzo de 1853 (*Pasicrisia*, 1853, 2, 186).

1 Duranton, t. XIV, pág. 81, núm. 72.
2 Casación, 1.° de Junio de 1814 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 350). Compárese Burdeos, 30 de Mayo de 1859 (Dalloz, 1859, 2, 188).

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

padre y la madre hicieron el reparto de sus bienes entre sus hijos mediante donación entre vivos; el donatario que había recibido 15,000 francos de la dote, devolvió 5,000 á la sucesión y los 10,000 restantes formaron su dote con unos inmuebles. ¿Resultaba por el acta de partición la renuncia del padre á la cláusula de devolución? ¿Y esta renuncia era válida? La Corte de Casación decidió ambas cuestiones afirmativamente, casando la sentencia de la Corte de Montpellier que había mantenido la cláusula de devolución por aplicación de los arts. 1,394 y 1,395. No había cambio á las convenciones matrimoniales, dice la Corte, porque el reparto-donación, lejos de atacar la liberalidad hecha al hijo, la realizaba por una relación seguida de la atribución definitiva de una parte más extensa en la herencia. Hay otro motivo para decidir, que nos parece perentorio. Renunciar al derecho de devolución, es hacer irrevocable una liberalidad sujeta á resolución; esto es, pues, un aumento de dote, lo que no constituye un cambio á las convenciones matrimoniales. (1)

Si el donante puede aumentar la liberalidad que consta en el contrato de matrimonio sin violar el principio de la irrevocabilidad de las convenciones matrimoniales, con más razón podrá conceder garantías para el pago de la dote. La Corte de Paris lo resolvió así en un caso en el que el contrato de matrimonio decía que los padres no podían estar obligados á ministrar ninguna garantía ó hipoteca para seguridad de la dote. Una hipoteca fué no obstante consentida; el marido se presentó á la orden para la dote de su mujer; los acreedores opusieron el contrato de matrimonio ye principio de la irrevocabilidad de las convenciones matrimoniales. La Corte de Paris contestó que la hipoteca no traía ningún cambio al contrato de matrimcnio; todo lo que

1 Casación, 19 de Enero de 1836 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 354).

resulta de la cláusula invocada por los acreedores, es que los padres no podían estar obligados á conceder hipoteca pero quedaban libres para hacerlo; esto era un aumento de dote, lo que no atacaba de ningún modo la irrevocabilidad de las convenciones matrimoniales. (1)

75. Las liberalidades que un tercero hace á los esposos durante su matrimonio levantan otra dificultad. ¿Queda ligado el donante por el contrato de matrimonio ó puede derogarlo? En principio, debe contestarse que el donante está libre para hacer la liberalidad bajo la condición que quiera; este es el derecho del propietario que dispone de su cosa como le conviene; no se le puede oponer el contrato de matrimonio, es para él *res inter alios acta*. Se dirá en vano que los terceros pueden prevalecerse de las convenciones matrimoniales y que, por consiguiente, deben tener el derecho de prevalecerse de ellas contra ellos. Esto es verdad para los terceros que, con calidad de acreedores, reclaman un derecho sobre los bienes de sus deudores; sus derechos contra el marido ó contra la mujer están determinados por el contrato de matrimonio y se puede oponérseles. Pero el donante no reclama ningún derecho en los bienes de los esposos, aumenta su patrimonio; y puede gratificar á quien quiera bajo las condiciones que le agraden. (2) El Código consagra estos principios. Según los términos del art. 1,401, los muebles que tocan á los esposos por donación entran en el activo de la comunidad legal, pero la ley permite al donante "expresar lo contrario." Esta le permite, pues, el dar sin quedar ligado por el contrato de matrimonio tácito que los esposos hicieron al casarse sin contrato. (3)

La jurisprudencia está de acuerdo con la doctrina. Ha sido resuelto que el donante ó el testador pueden no solo de-

1 París, 15 de Julio de 1825, (Dalloz en la palabra *Contrato de matrimonio* núm. 352). Compárese Burdeos, 29 de Marzo de 1851 (Dalloz, 1852, 2, 111).
2 Troplong, t. I, pág. 74, núms. 68 y 69, y pág. 122, núms. 224-226.
3 Compárese el tomo XI de mis *Principios*, pág. 660, núm. 447.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

clarar que los bienes donados no entrarán en la comunidad, sino también que los productos serán percibidos por la mujer con recibos suyos, y sin el concurso de su marido. (1) Cuando la mujer está casada bajo el régimen dotal, sus bienes son inenajenables; el donante puede disponer en su favor bajo la condición de que los bienes demandados serán enajenables. Acerca de este último punto hay una sentencia contraria de la Corte de Nimes; ésta se funda sobre el carácter de la dote bajo el régimen dotal; la dote es de orden público, como lo dicen los jurisconsultos romanos: *Interest reipublicæ dotes mulierum salvas permanere.* (2) Esta decisión no encontró favor; (3) la Corte ha olvidado que estamos regidos, no por las doce tablas, sino por el Código Civil, y nuestra legislación no admite que la dote sea de derecho público. Si el contrato de matrimonio dice que los inmuebles dotales no podrán ser enajenados sino á condición de pago, el disponente puede dispensar á la mujer del pago de los bienes que le da ó le lega; no está ligado por el contrato de matrimonio. La cuestión, como lo dice la Corte de Rouen, debía, pues, arreglarse en el caso, no por el contrato de matrimonio sino por el testamento. (4)

Decimos que el donante y el testador pueden poner para sus liberalidades las condiciones que quieran; hay una restricción que es natural, y es que la condición debe ser lícita, siendo reputada no escrita cualquiera condición contraria á las leyes. Es conforme á este principio como debe decidirse la cuestión de saber si el que dispone puede legar bienes á una mujer casada bajo el régimen de la comunidad, bajo la condición que estos bienes serán inenajenables. La

1 Denegada, Corte de Casación de Bélgica, 6 de Febrero de 1863 (*Pasicrisia*, 1863, 1, 424), y las sentencias citadas por Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 356, en las que volverémos.

2 Nimes, 18 de Enero de 1830 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio* núm. 359).

3 Bellot des Minières, t. IV, pág. 40.

4 Rouen, 7 de Febrero de 1844 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 358).

Corte de Caen ha decidido que la condición era nula como contraria á la irrevocabilidad de las convenciones matrimoniales: No depende del testador, dice la sentencia, el hacer inenajenables unos bienes que, según el contrato de matrimonio, pueden ser enajenados. (1) La razón no nos parece buena. El testador puede declarar enajenables unos bienes que, según el contrato de matrimonio, debieran ser dotales; es decir, inenajenables; si no está ligado por el régimen dotal, ¿por qué lo había de estar por el régimen de la comunidad? Queda por saber si la condición de inenajenabilidad es lícita; transladamos á lo que fué dicho en otro lugar, y volverémos á ocuparnos de esto más adelante.

Núm. 3. Aplicaciones.

I. Cambio de régimen.

76. Que no puedan los esposos cambiar su régimen, esto es evidente: esto no sería cambiar el contrato de matrimonio, sería anularlo. Tampoco puede hacerle cambios parciales. Según el art. 1,581, los esposos casados bajo el régimen dotal, pueden estipular una sociedad de gananciales; pero si se someten al régimen dotal puro y simple, no pueden, durante el matrimonio, agregar una sociedad de gananciales; esto sería modificar profundamente el régimen estipulado por el contrato de matrimonio, y son estos cambios los que la ley prohíbe.

¿Debe concluirse de esto que los esposos dotales no podrían formar una sociedad ordinaria de bienes particulares ó universales? La cuestión está controvertida y hay una duda. Hay que tomar como punto de partida el principio que las convenciones matrimoniales no impiden á los esposos contraer relativamente á sus bienes, excepto que la mujer

1 Caen, 18 de Diciembre de 1849 (Dalloz, 1851, 2, 233).

clarar que los bienes donados no entrarán en la comunidad, sino también que los productos serán percibidos por la mujer con recibos suyos, y sin el concurso de su marido. (1) Cuando la mujer está casada bajo el régimen dotal, sus bienes son inenajenables; el donante puede disponer en su favor bajo la condición de que los bienes demandados serán enajenables. Acerca de este último punto hay una sentencia contraria de la Corte de Nimes; ésta se funda sobre el carácter de la dote bajo el régimen dotal; la dote es de orden público, como lo dicen los jurisconsultos romanos: *Interest reipublicæ dotes mulierum salvas permanere.* (2) Esta decisión no encontró favor; (3) la Corte ha olvidado que estamos regidos, no por las doce tablas, sino por el Código Civil, y nuestra legislación no admite que la dote sea de derecho público. Si el contrato de matrimonio dice que los inmuebles dotales no podrán ser enajenados sino á condición de pago, el disponente puede dispensar á la mujer del pago de los bienes que le da ó le lega; no está ligado por el contrato de matrimonio. La cuestión, como lo dice la Corte de Rouen, debía, pues, arreglarse en el caso, no por el contrato de matrimonio sino por el testamento. (4)

Decimos que el donante y el testador pueden poner para sus liberalidades las condiciones que quieran; hay una restricción que es natural, y es que la condición debe ser lícita, siendo reputada no escrita cualquiera condición contraria á las leyes. Es conforme á este principio como debe decidirse la cuestión de saber si el que dispone puede legar bienes á una mujer casada bajo el régimen de la comunidad, bajo la condición que estos bienes serán inenajenables. La

1 Denegada, Corte de Casación de Bélgica, 6 de Febrero de 1863 (*Pasicrisia*, 1863, 1, 424), y las sentencias citadas por Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 356, en las que volverémos.

2 Nimes, 18 de Enero de 1830 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio* núm. 359).

3 Bellot des Minières, t. IV, pág. 40.

4 Rouen, 7 de Febrero de 1844 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 358).

Corte de Caen ha decidido que la condición era nula como contraria á la irrevocabilidad de las convenciones matrimoniales: No depende del testador, dice la sentencia, el hacer inenajenables unos bienes que, según el contrato de matrimonio, pueden ser enajenados. (1) La razón no nos parece buena. El testador puede declarar enajenables unos bienes que, según el contrato de matrimonio, debieran ser dotales; es decir, inenajenables; si no está ligado por el régimen dotal, ¿por qué lo había de estar por el régimen de la comunidad? Queda por saber si la condición de inenajenabilidad es lícita; transladamos á lo que fué dicho en otro lugar, y volverémos á ocuparnos de esto más adelante.

Núm. 3. Aplicaciones.

I. Cambio de régimen.

76. Que no puedan los esposos cambiar su régimen, esto es evidente: esto no sería cambiar el contrato de matrimonio, sería anularlo. Tampoco puede hacerle cambios parciales. Según el art. 1,581, los esposos casados bajo el régimen dotal, pueden estipular una sociedad de gananciales; pero si se someten al régimen dotal puro y simple, no pueden, durante el matrimonio, agregar una sociedad de gananciales; esto sería modificar profundamente el régimen estipulado por el contrato de matrimonio, y son estos cambios los que la ley prohíbe.

¿Debe concluirse de esto que los esposos dotales no podrían formar una sociedad ordinaria de bienes particulares ó universales? La cuestión está controvertida y hay una duda. Hay que tomar como punto de partida el principio que las convenciones matrimoniales no impiden á los esposos contraer relativamente á sus bienes, excepto que la mujer

1 Caen, 18 de Diciembre de 1849 (Dalloz, 1851, 2, 233).

dotal no puede enajenar sus bienes dotales. Por otro lado, los esposos pueden hacer entre sí las convenciones que juzguen convenientes; solo hay una excepción á este principio, y es que el contrato de venta les está prohibido, menos en los tres casos previstos por la ley en su art. 1,595. De esto sigue que nada impide á los esposos el hacer un contrato de sociedad, aunque fuese universal. Este es el parecer de Duranton; (1) ha sido fuertemente combatido: esto es, dice Troplong, la más radical derogación que pueda imaginarse; es para decirlo así, pasar de un polo al otro, cuando la ley prohíbe cambiar de lugar. (2) Nó, la ley no prohíbe á los esposos cambiar de lugar, esto sería reducirlos al estado de inmuebles; lo que les prohíbe es cambiar sus convenciones matrimoniales. ¿Es que la sociedad que contratan los esposos les impide acaso estar y permanecer separados de bienes? Una cosa es una sociedad de bienes regida por el derecho común, y otra cosa es la comunidad legal ó convencional. Los esposos arreglarán su sociedad según las reglas trazadas en el título *De la Sociedad*, y arreglarán sus derechos de esposos según su contrato de matrimonio.

77. El principio de la inmutabilidad de las convenciones matrimoniales no solo se opone á un cambio dotal ó parcial del régimen; semejantes convenciones no se hacen á menudo, porque son evidentemente contrarias á la ley. Tampoco está permitido á los esposos derogar al contrato de matrimonio haciendo en un caso particular lo contrario de lo que dice el contrato matrimonial.

Dos esposos casados bajo el régimen de la comunidad, compran un dominio y estipulan que pertenecerá al que sobreviva. Esto es una derogación á la comunidad legal. En efecto, bajo este régimen, las gananciales entran en el activo de la sociedad de bienes y se reparten, por consiguiente,

1 Duranton, t. XVII, núm. 347.
2 Troplong, t. I, pág. 118, núm. 210.

entre el que sobrevive y los herederos del que murió; mientras que según la convención de los esposos, el inmueble no entraba en la masa divisible, lo que despojaba á uno de los esposos ó á sus herederos de un derecho que les aseguraba el contrato de matrimonio. Había violación del contrato; luego nulidad de la convención derogatoria. (1)

El contrato de matrimonio estipula la comunidad de gananciales y determina lo que aportan los esposos, particularmente lo de la mujer, consistiendo en una casa y efectos muebles bastante importantes. Por acta privada, anterior á la celebración del matrimonio, la mujer vende á su marido la casa y los muebles. El acta no tenía fecha cierta; pero cualquiera que fuera la fecha, el acta era nula como cambiando las convenciones matrimoniales. Se objeta que nada se cambiaba á la comunidad de gananciales: que la casa y los muebles fuesen propiedad del marido ó de la mujer poco importaba, puesto que la comunidad aprovechaba los frutos y los productos. La Corte de Casación, y en devolución la Corte de Agen, no han admitido esta doctrina. El régimen no solo concierne al caso de comunidad, los bienes entran en él, pero también los bienes que se excluyen los propios de los esposos. Si el contrato de matrimonio dice que la mujer tiene como propio tal casa y tales muebles, y después la mujer vende estos bienes al marido, resulta que la mujer no aportó ya nada; lo que aportó la mujer se vuelve la parte del marido; hay más que modificación y derogación al contrato de matrimonio, hay intervención y abrogación de la cláusula de lo aportado; luego hay nulidad. (2)

El art. 1,543 contiene una aplicación del principio de la inmutabilidad del régimen dotal. Dice que la dote no puede ser constituida ni siquiera aumentada durante el matri-

1 Lyon, 21 de Julio de 1849 (Dalloz, 1849, 2, 223).
2 Casación, 31 de Enero de 1837, y en devolución, Agen, 17 de Agosto de 1837 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 405). Troplong, t. I, pág. 127, núm. 242.

monio. Esto quiere decir que el contrato de matrimonio es el que debe determinar cuáles son los bienes dotales; los bienes que no son dotales son parafernales y permanecen tales; luego después de la celebración del matrimonio no puede haber constitución de dote, puesto que esto equivaldría á transformar bienes parafernales en dotales; ni siquiera puede ser aumentada la dote, en este sentido, que un bien que no era dotal en virtud del contrato de matrimonio, no puede volverse dotal por una constitución hecha durante el matrimonio. Pero la dote puede recibir aumento en virtud de las convenciones matrimoniales; si la mujer se constituyó sus bienes porvenir, todos los bienes que vencerán durante el matrimonio á título de donación ó de sucesión, serán marcados de dotalidad. (1) La Corte de Burdeos decidió, por aplicación de estos principios, que si los padres constituyen á su hija una dote mueble sin condición de empleo, la oferta de empleo de los valores dotales que hiciera el marido, no solo no lo ligaría, sino sería radicalmente nula como modificando las convenciones matrimoniales; en efecto, esto sería hacer dotal un bien que no lo es en virtud del contrato de matrimonio. (2)

II. Renuncias y remesas.

78. Los futuros esposos casi siempre se dan ventajas por sus convenciones matrimoniales. Se dice ordinariamente que las liberalidades son una condición y una ley del matrimonio. Bajo el punto de vista de los sentimientos que deben animar á los futuros esposos, esto es decir demasiado; el matrimonio no es una especulación. Pero los intereses pecuniarios se mezclan en él y esta liga puede fortificar la liga de las almas. Estas son, pues, convenciones matrimoniales en el sentido de la ley; por consiguiente, en nada puede cambiárselas durante el matrimonio. Si el contrato asegura á la mujer una ganancia de sobrevida, la mujer no podrá renunciarlo; esto sería más que cambiar una cláusula del contrato, sería quitarla, y, por consiguiente, anularla. No debe distinguirse si la ventaja tiene por objeto bienes presentes ó futuros; el principio se aplica á todas las ventajas matrimoniales. Hay, sin embargo, una diferencia entre ambas hipótesis, es que la renuncia á una liberalidad que versa sobre bienes futuros está marcada por un doble vicio: es nula como pacto sucesorio, y lo es como cambio á una convención matrimonial, y con este doble título es inexistente. Trasladamos á lo que fué dicho acerca de los pactos sucesorios, en el título *De las Obligaciones* (t. XVI, núm. 88). La jurisprudencia está en este sentido, así como la doctrina. (1)

79. Los padres hacen ordinariamente donaciones á sus hijos por contrato de matrimonio; algunas veces las hacen extrañas. Son también convenciones matrimoniales y de ellas puede decirse que son la condición y la ley bajo las que se unen los dos esposos, ó para mejor decir, las dos familias. Están, pues, colocadas bajo la garantía de la inmutabilidad; los esposos no pueden renunciarlas ni alterar sus efectos después del matrimonio; esto sería cambiar las convenciones que la ley y la voluntad de las partes hacen inmutables. Ha sido sentenciado que los hijos donatarios en virtud de institución contractual, no pueden renunciarla en una partición de ascendientes; lo hemos dicho en otro lugar relatando las notables sentencias de la Corte de Casación que así lo han decidido (t. XV, núms. 44 y 45). (2)

80. Por aplicación de este principio, ha sido sentenciado que el marido no puede, durante el matrimonio, reconocer que una dote constituida á plazo no debía producir réditos

1 Troplong, t. I, pág. 119, núm. 213. Aubry y Rau, t. I, pág. 256 y nota 16.
2 Burdeos, 7 de Diciembre de 1841 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 340).

1 Tolosa, 15 de Abril de 1842 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio* núm. 334). Aubry y Rau, t. V, pág. 256, y notas 16 y 17, pfo. 503 *bis*.
2 Aubry y Rau, t. V, pág. 257, nota 22 y las autoridades que citan.

en virtud de la intención de las partes contratantes. Este reconocimiento solo era en apariencia una aplicación del concontrato, pero la interpretación modificaba en realidad, una convención matrimonial tácita. Según los términos del artículo 1,348, la dote produce réditos, aunque exista plazo para el pago, si no hay estipulación contraria. En el caso, no había estipulación contraria; luego la constituyente debía los réditos de pleno derecho en virtud de una convención tácita á la que no está permitido á las partes derogar durante el matrimonio. Se objetaba que los intereses de la dote eran debidos al marido para ayudar á soportar los cargos del matrimonio y que éste era libre de renunciar á un derecho establecido en su favor. La Corte de Pau responde que la dote no está únicamente constituida en favor del marido; esto resulta de la misma definición de la dote; es un bien que la mujer aporta al marido para soportar los cargos del matrimonio (art. 1,540); estos cargos conciernen precisamente á la mujer y á los hijos; luego la dote está constituida en favor de la mujer y de los hijos por nacer. Sigue de esto que sería modificar el pacto de familia el renunciar á los derechos que la ley hace correr de pleno derecho por interés de la familia. Por tanto, el reconocimiento litigioso estaba marcado de nulidad radical, ó como lo decimos, era inexistente. (1)

81. Igual decisión de la Corte de Rennes en el caso siguiente. Los padres constituyen una dote de 20,000 francos á su hija; por acta privada el marido declara que renuncia á exigir la dote prometida durante la vida de los constituyentes; después intenta una acción tendiendo á hacerles condenar al pago de los intereses. Se le opone la renuncia que versaba implícitamente en los intereses de la dote. La Corte ha sentenciado que la renuncia traía evidentemente un

1 Pau, 9 de Enero de 1838 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 366).

cambio á las convenciones matrimoniales, y que siendo este cambio posterior al matrimonio, no podía producir ningún efecto. Esto es la consecuencia de nuestra doctrina; el cambio es inexistente y no resulta de él ninguna liga de derecho. Se objetaba que el marido era el dueño de la dote; habiéndose casado los esposos bajo el régimen de la comunidad legal, el marido no podía disponer del crédito dotal (arts. 1,421 y 1,422). La Corte contesta que si el marido es el dueño de la dote, es en el sentido que pueda ampliarla en interés del matrimonio y de la sociedad conyugal; pero no se le permite romper ó modificar, por convenciones derogatorias, el pacto de familia que la ley declara inmutable. (1) Debe irse más allá; el marido puede disipar la dote en locos é inútiles gastos, esto no es cambiar la convención matrimonial; disponer de los bienes matrimoniales, aunque sea abusivamente, es mantener el contrato; mientras que renunciar á la dote ó los intereses es romperlo.

La Corte de Casación ha conservado estos principios declarando que la convención por la que los esposos se comprometían á no exigir la dote durante la vida de los constituyentes, cuando el contrato de matrimonio decía que debía ser pagada antes de la celebración del matrimonio. Lo contrario había sido sentenciado por la Corte de Burdeos; ésta había aplicado el derecho común que permite al acreedor conceder un plazo á su deudor, no quitándole dicho plazo ningún derecho, en el caso, pues no había renuncia de los intereses. La Corte olvidaba que el art. 1,394 deroga al derecho común declarando inmutables las convenciones matrimoniales, mientras que la regla es que las convenciones pueden ser modificadas y aun rompidas por el consentimiento de las partes contratantes. (2) Este rigor está fundado en razón; el acreedor que concede un plazo al deudor arriesga

1 Rennes, 1.° de Marzo de 1849 (Dalloz, 1851, 2, 238).
2 Casación, 4 de Diciembre de 1867 (Dalloz, 1867, 1, 465).

que no se lo pague al vencimiento; luego que los esposos aplazan su acción del pago de la dote hasta la muerte de los constituyentes, modifican gravemente la convención matrimonial que les aseguraba el pago antes de la celebración del matrimonio. No debe concluirse de esto que los esposos no pueden hacer ninguna convención relativa á su dote; vamos á ver cuáles convenciones les es permitido hacer sin contravenir á la inmutabilidad de las convenciones matrimoniales.

III. Disposiciones que los esposos pueden hacer.

82. La ley prohibe á los esposos hacer cambios á sus convenciones matrimoniales después de la celebración del matrimonio; no prohibe hacer convenciones que dejen intacto el contrato de matrimonio. Luego todas las convenciones que no atacan á las convenciones matrimoniales son válidas. Tales serían los arreglos de familia que los esposos hicieren con sus padres relativos á la vida común ó separada.

Por contrato de matrimonio los futuros esposos se obligan á vivir en compañía de sus padres y suegros, á entregarles sus trabajos, productos é industria, quedando á cargo de estos últimos alimentarlos y mantener á sus hijos por nacer. Por una convención posterior, el padre y su hijo están mútuamente eximidos de estas obligaciones recíprocas. Fué sentenciado que este arreglo no violaba el principio de la inmutabilidad de las convenciones matrimoniales. (1) En realidad, nada era cambiado en el régimen; la vida común no es una convención relativa al matrimonio, es una cuestión de conveniencia, y las partes deben quedar libres para reemplazar la vida común por la vida separada; Troplong dice muy bien que la convención relativa á la vida común es una sociedad ordinaria mezclada á la asociación conyugal, y, sin embargo, distinta é independiente; la sociedad

1 Burdeos, 26 de Julio de 1838 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 361).

ordinaria ó la vida podía terminar sin que el contrato de matrimonio sufriese ningún cambio. (1)

83. ¿Pueden los esposos disponer de los bienes que les han sido dados por contrato de matrimonio? Se supone que el contrato de matrimonio no prohibe la disposición de los bienes dotales por interés de la mujer dotal. Así presentada, la cuestión no es realmente una cuestión; los bienes dados entran en el patrimonio propio de los esposos ó en el patrimonio común si hay comunidad; estos bienes quedan en el comercio; luego los esposos donatarios pueden disponer de ellos sin que pueda decirse que resulte un cambio á las convenciones matrimoniales. Ejecutar estas convenciones no es, seguramente, cambiarlas. (2) La jurisprudencia está en este sentido. Unos esposos se dan, por contrato de matrimonio, el usufructo de todos sus bienes en provecho del supérstite. Cuando el matrimonio de sus hijos, la madre renunció á este usufructo en favor de su hijo. Esta renuncia á una ventaja estipulada por el contrato de matrimonio ¿era un cambio á las convenciones matrimoniales? La Corte de Casación contesta que la renuncia es una ejecución del contrato de matrimonio más bien que una convención que la derogue. (3) Esto es muy jurídico, aunque á primera vista la decisión parezca contraria á los principios que hemos asentado en cuanto á las renuncias (núm. 78). La renuncia á una ventaja que hacen los cónyuges por contrato de matrimonio es nula, tal es el principio admitido por la doctrina y por la jurisprudencia. En el caso, la madre renunciaba al usufructo estipulado á título de ventaja. ¿Por qué declara la Corte de Casación que esta renuncia es válida? La renuncia es nula cuando contiene la abdicación

1 Troplong, t. I, pág. 121, núm. 220. Aubry y Rau, t. V, pág. 257, párrafo 503 *bis*.

2 Aubry y Rau, t. V, pág. 258 y nota 24 (4.ª edición).

3 Denegada, 1.º de Abril de 1812 (Dalloz, en la palabra *Emigrado*, número 185, 4.º).

que no se lo pague al vencimiento; luego que los esposos aplazan su acción del pago de la dote hasta la muerte de los constituyentes, modifican gravemente la convención matrimonial que les aseguraba el pago antes de la celebración del matrimonio. No debe concluirse de esto que los esposos no pueden hacer ninguna convención relativa á su dote; vamos á ver cuáles convenciones les es permitido hacer sin contravenir á la inmutabilidad de las convenciones matrimoniales.

III. Disposiciones que los esposos pueden hacer.

82. La ley prohibe á los esposos hacer cambios á sus convenciones matrimoniales después de la celebración del matrimonio; no prohibe hacer convenciones que dejen intacto el contrato de matrimonio. Luego todas las convenciones que no atacan á las convenciones matrimoniales son válidas. Tales serían los arreglos de familia que los esposos hicieren con sus padres relativos á la vida común ó separada.

Por contrato de matrimonio los futuros esposos se obligan á vivir en compañía de sus padres y suegros, á entregarles sus trabajos, productos é industria, quedando á cargo de estos últimos alimentarlos y mantener á sus hijos por nacer. Por una convención posterior, el padre y su hijo están mútuamente eximidos de estas obligaciones recíprocas. Fué sentenciado que este arreglo no violaba el principio de la inmutabilidad de las convenciones matrimoniales. (1) En realidad, nada era cambiado en el régimen; la vida común no es una convención relativa al matrimonio, es una cuestión de conveniencia, y las partes deben quedar libres para reemplazar la vida común por la vida separada; Troplong dice muy bien que la convención relativa á la vida común es una sociedad ordinaria mezclada á la asociación conyugal, y, sin embargo, distinta é independiente; la sociedad

1 Burdeos, 26 de Julio de 1838 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 361).

ordinaria ó la vida podía terminar sin que el contrato de matrimonio sufriese ningún cambio. (1)

83. ¿Pueden los esposos disponer de los bienes que les han sido dados por contrato de matrimonio? Se supone que el contrato de matrimonio no prohibe la disposición de los bienes dotales por interés de la mujer dotal. Así presentada, la cuestión no es realmente una cuestión; los bienes dados entran en el patrimonio propio de los esposos ó en el patrimonio común si hay comunidad; estos bienes quedan en el comercio; luego los esposos donatarios pueden disponer de ellos sin que pueda decirse que resulte un cambio á las convenciones matrimoniales. Ejecutar estas convenciones no es, seguramente, cambiarlas. (2) La jurisprudencia está en este sentido. Unos esposos se dan, por contrato de matrimonio, el usufructo de todos sus bienes en provecho del supérstite. Cuando el matrimonio de sus hijos, la madre renunció á este usufructo en favor de su hijo. Esta renuncia á una ventaja estipulada por el contrato de matrimonio ¿era un cambio á las convenciones matrimoniales? La Corte de Casación contesta que la renuncia es una ejecución del contrato de matrimonio más bien que una convención que la derogue. (3) Esto es muy jurídico, aunque á primera vista la decisión parezca contraria á los principios que hemos asentado en cuanto á las renuncias (núm. 78). La renuncia á una ventaja que hacen los cónyuges por contrato de matrimonio es nula, tal es el principio admitido por la doctrina y por la jurisprudencia. En el caso, la madre renunciaba al usufructo estipulado á título de ventaja. ¿Por qué declara la Corte de Casación que esta renuncia es válida? La renuncia es nula cuando contiene la abdicación

1 Troplong, t. I, pág. 121, núm. 220. Aubry y Rau, t. V, pág. 257, párrafo 503 *bis*.

2 Aubry y Rau, t. V, pág. 258 y nota 24 (4.ª edición).

3 Denegada, 1.º de Abril de 1812 (Dalloz, en la palabra *Emigrado*, número 185, 4.º).

de un derecho, en cuyo caso abroga una cláusula del contrato de matrimonio. La renuncia que la madre hace de su usufructo en favor de su hijo, es una liberalidad; la madre dispone, pues, de su derecho; y disponer de su derecho no es renunciarlo, es al contrario, ejercerlo, y es permitido á cualquiera persona disponer de un derecho que le pertenece.

Por contrato de matrimonio el futuro da á su esposa un dominio á título de ganancia de supérstite. Cuando el matrimonio de su hijo, el padre le dió la propiedad desnuda de este mismo dominio y la madre renunció al usufructo eventual en cambio del compromiso por parte de su marido de asegurarle una pensión vitalicia de 800 francos. Esta renuncia fué atacada como constituyendo un cambio á las convenciones matrimoniales. La Corte de Agen decidió que la renuncia de la mujer lejos de presentar un cambio á la cláusula de ganancia de supérstite estipulada en su contrato de matrimonio, era al contrario, su ejecución anticipada. Recurso de casación: la Corte se limita á decir que la sentencia atacada ha hecho una justa apreciación de la renuncia litigiosa. Se pretendía que la renuncia contenía un pacto sucesorio; la Corte responde que no siendo la mujer heredera de su marido, no podía decirse que hubiese hecho un tratado acerca de su futura sucesión. (1) Aquí también hay pequeñas diferencias: hay casos en los que la renuncia constituye un pacto sucesorio (núm. 78), y otros casos en que no hay pacto sucesorio; hemos ya examinado esta difícil cuestión.

84. La Corte de Casación ha hecho la aplicación de estos principios en el caso siguiente. Los esposos estaban casados bajo el régimen dotal, con sociedad de gananciales; el contrato atribuía la totalidad de las ganancias al supérstite. Más tarde, hicieron el reparto anticipado entre sus hijos, de

1 Agen, 12 de Mayo de 1848 (Dalloz, 1848, 2, 188), y Denegada, 16 de Julio de 1849 (Dalloz, 1849, 1, 304).

varios inmuebles comprados por ellos. Esta donación fué atacada como una derogación á las convenciones matrimoniales. Se presentaba una primera cuestión: ¿era válida la donación? La ley prohíbe al marido disponer á título gratuito de los inmuebles de la comunidad, pero se admite generalmente que la donación puede hacerse con el concurso de la mujer. Tenemos muchas reservas acerca de este punto. Suponiendo que la donación fuera válida, ¿no sería nula por otro título como cambio llevado á las convenciones matrimoniales? Los esposos dando las gananciales á sus hijos, renunciaban á la ganancia del supérstite estipulada en el contrato. La Corte de Rouen, y en el recurso la de Casación, sentenciaron que el donativo-partición no atacaba la cláusula de la ganancia del supérstite; éste conservaba el derecho de aceptar el conjunto de gananciales que se encontraría á la muerte de su cónyuge; si lo aceptaba, se le consideraba como único donante, el primer fallecido estando reputado como no habiendo tenido nunca derecho en los bienes donados. (1) Debe agregarse para completar los motivos de decidir, que cada esposo tenía el derecho de disponer de las ganancias de supérstite en provecho de sus hijos; esto no es una abdicación, es una disposición como acabamos de decirlo (núm. 83).

85. Acabamos de decir cuáles son las estipulaciones relativas al pago de la dote que constituyen un cambio á las convenciones matrimoniales. Los esposos pueden hacer convenciones relativas al pago de la dote, siempre que no resulte de ellas ninguna modificación al pacto nupcial. Una dote está constituida al futuro esposo por sus padres; los constituyentes se obligan á pagarla en cinco años á contar desde la celebración del matrimonio; se reservan, sin embargo, el derecho de liberarse por anticipación previniendo á su

1 Rouen, 28 de Agosto de 1865, y Denegada, 31 de Julio de 1867 (Dalloz, 1868, 1, 209). Compárese Denegada, 16 de Febrero de 1852 (Dalloz, 1852, 2, 294).

hijo con tres meses de anticipo. El hijo quebró, y el síndico accionó al padre por pago de la dote de 20,000 francos constituida al quebrado. Este produjo recibos por valor de 16,000 francos que probaban que dicha suma había sido pagada desde la celebración del matrimonio; en cuanto al resto de 4,000 francos, el padre dijo haberlos dado antes del matrimonio. El síndico pidió la nulidad de este pago anticipado como constituyendo una modificación al contrato de matrimonio. El proceso no valía la pena de ser llevado ante la Corte de Casación. El que tiene plazo, debe; luego tiene derecho de pagar antes del vencimiento; el contrato de matrimonio, lejos de derogar en este punto al derecho común, lo consagraba, puesto que el padre se reservaba la facultad de pagar anticipadamente. (1) Y aunque esta reserva no hubiera constado en el contrato, el pago anticipado no podía ser considerado como un cambio, á no ser que el plazo hubiese sido estipulado por interés del acreedor.

¿Puede pagarse la dote en otros valores que los estipulados en el contrato? La afirmativa no es dudosa cuando tal es la intención de las partes contratantes. Constitución de dote de 4,000 francos, pagadera al año sin interés. El mismo día del contrato, el constituyente demitió de su empleo de perceptor de contribuciones en favor de su yerno; esta demisión valuada en 4,000 francos, fué considerada como una compensación de la dote. Más tarde, el yerno reclamo el pago de los 4,000 francos. Fué sentenciado que la demisión era una verdadera dote; que si el contrato mencionaba el valor pecuniario de la demisión, esto era por temor de impedir el nombramiento del futuro. Estos hechos, declarados comprobados por el primer juez, no dejaban ninguna duda. En el recurso, la Corte decidió que la sentencia atacada solo había interpretado la convención. (2)

1 Denegada, 22 de Agosto de 1865 (Dalloz, 1867, 1, 181).
2 Denegada, 2 de Marzo de 1825 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 379).

La Corte de Casación ha sentenciado, en términos más generales, que no pueden considerarse como cambio á las convenciones matrimoniales un modo de pago de las sumas dotales. En el caso, el contrato estipulaba la comunidad de gananciales, y una dote de 50,000 francos estaba constituida á la futura, pagadera la víspera de su casamiento. Los padres vendieron por acta á su hija, antes del matrimonio, una finca rústica por valor de 90,000 francos imputable hasta suma debida por la dote. Cuando el padre murió, la hija pretendió no haber recibido la dote ofrecida, siendo el inmueble recibido en pago un cambio al contrato, y nulo como tal; consentía además á devolver el inmueble á la sucesión. La Corte de París decidió que el marido hecho propietario de la dote, había pagado el precio de la adquisición con el crédito dotal. No se había dado el inmueble en pago, sino que el marido lo había comprado; la dote permanecía fija en dinero, y por consiguiente, la hija debía devolverla.

La sentencia de la Corte de Casación sobrepasa los hechos así apreciados; decide en términos absolutos que un modo de pago otro que el estipulado no es un cambio. (1) Esto es de jurisprudencia. Los padres constituyen á su hijo una pensión anual por contrato de matrimonio. Después de la celebración del matrimonio, el padre promete á su hijo una finca rústica valor de 20,000 francos; la promesa de venta no se realizó, pero se convino que el hijo gozara del inmueble pagando á su padre una pensión anual de 7,000 francos reteniendo la pensión de 2,000 francos estipulada en su provecho. La Corte de Aix juzgó que estas convenciones modificaban solo el modo de pago de las convenciones matrimoniales. (2) Nos queda un escrúpulo, y es el texto. Las estipulaciones relativas á la dote, son seguramente convenciones matrimoniales; si se modifican, por leve que sea la

1 París, 27 de Agosto de 1851, y Denegada, 4 de Agosto de 1852 (Dalloz, 1852, 1, 193).
2 Aix, 19 de Abril de 1872 (Dalloz, 1873, 2, 239).

modificación, ¿no se contraviene al principio de la inmutabilidad? Es verdad que el modo de pago puede ser indiferente, pero puede no serlo; ¿se atendrá uno á los tribunales? Esto sería permitir al juez cambiar las convenciones matrimoniales. La opinión que enunciamos parece rigurosa, y lo es, pero se trata de una disposición de rigor; importa impedir cualquier cambio, por muy poco importante que sea, si no el objeto de la ley no se consigue: se abre una puerta al deseo de cambio natural en el hombre, y se siembra en las familias una semilla de división y de discordia.

86. El contrato de matrimonio contiene algunas veces enunciaciones falsas; hace constar que se aportó una cosa que realmente no se hizo, da recibo de una dote que no fué pagada. ¿Debe aplicarse, en este caso, el principio de la inmutabilidad de las convenciones matrimoniales y mantener las declaraciones hechas en él hasta que las partes interesadas las destruyan por inscripción de falsedad? En nuestro concepto, el art. 1,395 está fuera de causa y se hace mal en invocarlo; no se deroga á una convención por la misma convención. La verdadera cuestión versa en la dificultad de la prueba. ¿Hace fe el acta hasta inscripción por falsedad de lo aportado y del pago de la dote? La negativa es segura; resulta de los principios que rigen la fuerza probante de las actas auténticas. El acta hace fe hasta inscripción por falsedad, por el hecho material de la declaración, y solo prueba hasta prueba contraria la verdad de la declaración. Se puede, pues, sostener sin necesitar inscribirse por falsedad, que lo aportado que consta en el contrato de matrimonio no fué ejecutado, ó que el pago de la dote ha sido ficticio. ¿Cuál es la prueba contraria? Acerca de este punto también se aplican los principios generales. Si se trata de una simulación, las partes contratantes no son admitidas á la prueba por testigos; mientras que los terceros pueden probarlo por todas las vías de derecho. El fraude puede siempre ser establecido por la prueba testimonial y por presunciones, y todas las partes interesadas pueden probarlo. Transladamos en cuanto á los principios, al título *De las Obligaciones*. La jurisprudencia está en este sentido, aunque la redacción de las sentencias dejen mucho que desear respecto á la precisión y aun á la exactitud. (1)

87. ¿Pueden los esposos, durante el matrimonio, derogar á las disposiciones que el Código contiene acerca del régimen que adoptan expresa ó tácitamente? Hay alguna duda. Según los términos del art. 1,407, "el inmueble adquirido durante el matrimonio, á título de cambio de otro inmueble perteneciente á uno de los dos esposos, no entra en la comunidad y es subrogado en lugar del que fué enajenado excepto el exceso si lo hay." La mujer cambia su propio y declara que el inmueble que recibe en cambio será una ganancial. En nuestro concepto, esto es una derogación á las convenciones matrimoniales y, como tal, marcada de nulidad. La comunidad legal no es otra cosa sino un régimen convenido tácitamente por los futuros esposos; las disposiciones del Código que rigen los efectos de la comunidad son, pues, otros tantos artículos del contrato de matrimonio de los esposos; por lo tanto, son inmutables tanto como si estuvieran escritos en acta notariada.

La doctrina contraria está enseñada por los autores y consagrada por una sentencia de la Corte de Casación. Troplong da en apoyo de la opinión general razones bastante malas. La disposición del art. 1,407, dice, no es de orden público. Nó, seguramente; resulta que los futuros esposos pueden apartarse de ella en su contrato de matrimonio; pero no la han derogado, la han adoptado, al contrario, como cláusu-

1 Véanse, acerca de lo aportado ficticio, Denegada, 31 de Julio de 1833 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 381); Paris, 14 de Febrero de 1865 (Dalloz, 1865, 2, 140): Y acerca del pago ficticio de la dote, Denegada, 5 de Enero de 1831 (Dalloz, *ibid.*, núm. 382), y 2 de Marzo de 1852 (Dalloz, 1852, 5, 208).

las de sus convenciones matrimoniales. La comunidad, continúa Troplong, queda siempre el régimen de los esposos. Contestarémos que no es esta la cuestión; el régimen de la comunidad produce ciertos efectos, es que los propios no entran en comunidad y que los inmuebles recibidos á cambio de un propio se hacen propios. Los esposos derogan á este efecto; modifican, pues, el régimen de la comunidad: ¿lo pueden? Tal es la cuestión, y el art. 1,395 contesta negativamente. Los señores Aubry y Rau presentan el argumento bajo una forma más seria. El art. 1,407, dicen, solo prevee la intención probable de las partes contratantes: los esposos pueden manifestar una intención contraria. Nos parece que la confusión es siempre la misma. Lo que, según el artículo 1,407 es la intención probable de las partes, se hace intención real si ésta no deroga al artículo por su contrato de matrimonio; al no hacer contrato, se apropian esta disposición, y entonces ya no les está permitido abrogarla. (1) Los editores de Zachariæ toman de la jurisprudencia de la Corte de Casación una razón más especiosa.

La mujer común en bienes puede enajenar sin reemplazo sus inmuebles propios con la autorización de su marido; podría, pues, enajenar sin reemplazo el inmueble recibido en cambio de un propio; al renunciar al beneficio del artículo 1,407, la mujer solo declara, cuando el cambio, la voluntad que pudiera legalmente expresar más tarde, enajenando el inmueble que recibe en cambio. (2) Contestarémos con un adagio antiguo que la mujer no hizo lo que tenía el derecho de hacer, y que ha hecho lo que la ley le prohíbe. Hay además una diferencia entre ambas hipótesis. Cuando la mujer enajena un propio sin reemplazo, es que necesita de su dinero, ó lo necesita la comunidad; la operación se ha-

1 Troplong, t. I, pág. 219, núm. 639. Aubry y Rau, t. V, pág. 257 y nota 23, pfo. 503 *bis*.

2 Denegada, 31 de Julio de 1832 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 805).

ce por interés de la familia. Cuando la mujer renuncia á la subrogación, se vuelve ganancial; el marido puede disponer de él, la mujer no recibe ningún equivalente, solo tiene una acción de devolución cuando la disolución de la comunidad. Es mejor para la mujer tener un propio que un crédito. Por esto es que la ley no le permite transformar en ganancial un bien que, según el contrato de matrimonio, debía ser un propio.

88. Queda una última cuestión acerca de esta materia. El principio de la inmutabilidad de las convenciones matrimoniales significa que los esposos no pueden, durante el matrimonio, hacer convenciones que deroguen á su contrato de matrimonio. ¿Debe extenderse este principio á las disposiciones testamentarias? Se admite que los esposos pueden renunciar, por testamento y bajo forma de legados, á las donaciones ú otras ventajas que contenga su contrato de matrimonio, y que pueden renunciarlas ya sea en provecho de terceros, ya en favor de uno de ellos. (1) Los legados son actas de disposición: y es de principio que los esposos pueden disponer de los derechos que les da el contrato de matrimonio. Cuando disponen de ellos en provecho de un tercero, por testamento, usan del derecho que les pertenece de enajenar los derechos matrimoniales (núm. 83). La cuestión es más dudosa cuando los esposos disponen el uno en provecho del otro; ¿esta disposición no equivaldrá á una renuncia? Y es de principio que los esposos no puedan renunciar á las ventajas que les hace su contrato de matrimonio (número 78). Debe aplicarse aquí la distinción que hemos hecho al tratar de las renuncias de una manera absoluta á un derecho matrimonial, pero pueden disponer de él, pues quien dispone no renuncia. Es preciso añadir una restricción que ya hicimos (núm. 67): la que disponiendo por testamento de

1 Aubry y Rau, t. V, pág. 259, pfo. 503 *bis* (4.ª ed.)

un derecho contractual, los esposos no pueden atacar los derechos que han adquirido de los terceros en virtud de convenciones matrimoniales; aquí se entra en el derecho común: todo derecho que resulta de un contrato, es irrevocable.

Núm. 4. De los cambios anteriores al matrimonio.

89. Los futuros esposos pueden hacer cambios en sus convenciones matrimoniales, antes de la celebración del matrimonio, bajo las condiciones determinadas en los arts. 1,396 y 1,397. Mientras que el matrimonio no se ha celebrado, los futuros esposos pueden hacer tales convenios como los crean convenientes (arts. 1,387 y 1,394); si tienen el derecho de consentir nuevas convenciones, deben tener también el de modificar las que hayan hecho; el principio de la inmutabilidad no se opone, puesto que no se aplica, como lo dice el art. 4,395, sino á los cambios que los esposos quisieran hacer después de la celebración del matrimonio. Es de derecho común que las convenciones puedan ser revocadas por consentimiento mútuo de los que las han consentido; el consentimiento que las ha formado puede también disolverlas; nada es más natural, como lo dicen los jurisconsultos romanos, que disolver una liga de derecho de la misma manera que como se ha formado. El art. 1,395 deroga á este principio; hemos dicho los motivos por los que el legislador prohíbe todas las convenciones matrimoniales durante el matrimonio; estos motivos no existen para las convenciones derogatorias al contrato de matrimonio que las partes quieren hacer antes de la celebración de su enlace; como aún gozan de la plenitud de su libertad, tienen el derecho de hacer lo que ellas quieran.

El Código da el nombre de *cambio* ó de *contraletra* á las convenciones que los futuros esposos hacen antes de la celebración del matrimonio, para añadir nuevas disposiciones en su contrato de matrimonio, ó modificar las que han sido

hechas. Ya hemos encontrado la expresión de *contraletras* en el título *De las Obligaciones*; el art. 1,321 entiende por esto convenciones que derogan á la *letra*; es decir, á la acta patente; convenios derogatorios que están destinados á permanecer en secreto, y que por este motivo se redactan en lo privado. En materia de convenciones matrimoniales, no puede haber contraletras absolutamente secretas, puesto que deben ser redactadas en acta auténtica; tienen, pues, la misma solemnidad que el contrato que derogan. Sin embargo, podría haber clandestinidad, en el sentido de que los futuras esposos no llamarían á la acta derogatoria á los que han sido parte en el acta principal. El legislador ha debido prescribir las condiciones bajo las que las contraletras serían válidas. Son las mismas, ya sea que se trate de contraletras propiamente dichas, ya de cláusulas que no derogan al primer contrato. Le ley desde luego prescribe las condiciones requeridas para que los cambios ó contraletras sean válidas entre las partes (art. 1,396); después añade una condición que debe ser observada para que los cambios ó contraletras tengan efecto con relación á los terceros (art. 1,397).

90. Se sirve uno generalmente, en materia de convenciones matrimoniales, de la palabra *contraletra*, para designar cualquiera especie de cambio. Esto es de tradición. Después de haber atacado las costumbres de Paris, según las cuales son nulas todas las contraletras hechas fuera de la presencia de los parientes que han asistido al contrato de matrimonio, Pothier agrega: «la costumbre comprende aquí, bajo el término de *contraletras*, no solo las convenciones que derogan y son contrarias á algunas de las que se hicieron en el contrato de matrimonio, sino en general todas las convenciones ó donaciones que no están asentadas en el contrato.» (1)

Acabamos de explicar lo que se entiende por cambio ó convención derogatoria (núms. 69-88); en cuanto á las nue-

1 Pothier, *Introducción al Tratado de la comunidad*, núm. 13).

vas convenciones, Pothier se expresa de una manera absoluta, diciendo que todas las *convenciones nuevas* son contraletras; debe agregarse una condición y es que tengan una relación con las convenciones sentadas en el contrato de matrimonio; es, pues, necesario que modifiquen la situación y los derechos respectivos de los esposos ó sus relaciones con los terceros. (1) En este sentido las donaciones entre futuros esposos son contraletras; Pothier dice siempre: «las convenciones y donaciones.» (2) Esto no es dudoso, pues las convenciones entre futuros esposos, son por naturaleza convenciones matrimoniales; hechas después del contrato de matrimonio, modifican la situación de las partes y sus derechos en sus bienes; desde luego caen bajo la aplicación de los arts. 1,396 y 1,397. Lo mismo sucedería con las ventas que uno de los futuros esposos hiciera al otro en el intervalo del contrato de matrimonio y la celebración de la unión conyugal, pues la venta modifica el patrimonio de los esposos y, por consiguiente, su situación tal cual la fijó el contrato de matrimonio. El Código considera la venta hecha á un tercero como un cambio al contrato de matrimonio, cuando éste estipula el régimen de la comunidad (art. 1,404); volverémos á hablar de esta disposición.

Lo que decimos de las donaciones que los esposos se hacen en el intervalo del contrato del matrimonio y su celebración, no se aplica á las donaciones que hicieran terceros á los esposos. Las nuevas liberalidades hechas á los esposos no son cambios á las convenciones matrimoniales. Transladamos á lo que se dijo en el núm. 74.

1. De las condiciones requeridas para la validez de las contraletras entre las partes.

91. El art. 1,396 quiere que los cambios que se hicieren

1 Aubry y Rau, t. V, pág. 264 y nota 41, pfo. 503 *bis* (4.ª ed.)
2 Pothier, *Introducción al Tratado de la comunidad*, núms. 13 y 14. Compárese Troplong, t. I, pág. 127, núms. 240-242.

á las convenciones matrimoniales antes de la celebración del matrimonio, consten por actas hechas en la misma forma que este contrato. ¿Por qué deben ser redactadas las contraletras por acta auténtica? Esta es una consecuencia necesaria de la solemnidad del contrato de matrimonio. «Todas las convenciones matrimoniales, dice el art. 1,394, serán redactadas por acta notariada;» y las contraletras son convenciones matrimoniales, puesto que cambian las convenciones primitivas; luego las contraletras son actas solemnes, tanto como el contrato de matrimonio. Debe, pues, aplicárseles lo que hemos dicho de la solemnidad del contrato primitivo (núms. 43-49).

92. Resulta de esto que las contraletras privadas no tienen existencia legal; son la nada, y la nada no puede producir efecto alguno: estos son los términos del art. 1,131. En los contratos ordinarios, las contraletras ligan á las partes contratantes (art. 1,320), porque el solo consentimiento de las partes basta para formar el contrato cuando éste no es solemne; mientras que en los contratos solemnes, solo existe el consentimiento cuando está manifestado en las formas legales. Cuando estas formas no han sido observadas, no hay consentimiento; luego no hay contrato (t. XV, número 457). (1)

93. El art. 1,396 prescribe una segunda condición para la validez de las contraletras: «Ningún cambio ó contraletra es además válido sin la presencia y el consentimiento simultáneo de todas las personas que han sido partes en el contrato de matrimonio.» Esta disposición es la consecuencia del principio elemental escrito en el art. 1,134: las convenciones no pueden ser revocadas ni modificadas sino por el consentimiento de aquellos que las formaron; luego todos aquellos que han figurado en el contrato deben consentir en las actas destinadas á modificarlo. Hay además una razón

1 Troplong, t. I, pág. 125, núms. 230 y 231.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

especial toma la de la naturaleza particular de las convenciones matrimoniales. Estas raramente se hacen únicamente entre los esposos; casi siempre los padres ú otros ascendientes, un tío ó una tía, intervienen para dotar á los futuros esposos; estos terceros se vuelven partes en el contrato en el que prometen; su promesa los liga estrechamente al régimen que los esposos adopten; el donante que constituya bienes en dote á la futura que se casa bajo el régimen dotal, quizá no le hubiera hecho esta liberalidad si hubiera adoptado el régimen comunal. Puede suceder que él haga una liberalidad á la futura en consideración á la liberalidad que le hacen los padres del futuro. Las diversas disposiciones de un contrato de matrimonio dependen, pues, unas de las otras; por lo tanto, todos aquellos que han consentido deben también hacerlo en la contraletra que modifica el contrato.

94. ¿Sería aplicable el art. 1,396 si no hubiera en el contrato otras partes más que los futuros esposos? El texto es general y no distingue; debe, pues, aplicarse á todos los casos, haya ó nó otras partes. Esto no tiene ninguna duda en cuanto á la primera disposición del art. 1,396; la contraletra siendo una convención de matrimonio, debe ser redactada en la forma auténtica, aunque no hubiere otras partes en uno y otro contrato, sino los esposos. En cuanto á la segunda disposición, hay una duda. Tiene su fuente en la costumbre de Paris, la que declaraba nulas las contraletras hechas fuera de la presencia de los padres que asistieron al contrato de matrimonio. Pothier da como razón que habiendo los futuros pretendido ocultar las nuevas convenciones debe creerse que éstas fueron dictadas por la pasión más bien que por motivos justos. Es seguro que la disposición de la costumbre no tenía ya razón de ser cuando solo los esposos figuran en el contrato de matrimonio. ¿Deberá pasar lo mismo bajo el imperio del nuevo derecho que

ha reproducido la costumbre de Paris extendiéndola á todos aquellos que fueron partes en el contrato? La Corte de Douai ha sentenciado que el art. 1,396 es aplicable, aunque no haya otras partes más que los esposos. (1) Creemos que resolvió bien. El art. 1,396 extendiendo la disposición de la costumbre, le da un sentido diferente. Todas las personas que han sido *partes* en el contrato de matrimonio deben estar presentes en la contraletra y consentir en ella simultáneamente. Este texto comprende seguramente á los esposos; y esto decide la cuestión. Es verdad que ya no existen los mismos motivos de rigor cuando los esposos solos están en causa, pero los motivos no son la ley; son ordinariamente, como en el caso, los intérpretes quienes los imaginan; restringir el texto por los motivos sería, pues, dar á los intérpretes el derecho de modificar la ley.

95. Los que han sido partes en el contrato de matrimonio deben consentir en la contraletra; ¿quién es parte? En primer lugar los esposos, se entiende. Si los esposos son menores, no pueden hacer convenciones matrimoniales sino con la asistencia de aquellos cuyo consentimiento es necesario para la validez de su matrimonio. Los que asisten á los menores son, pues, partes también, pues sin su asistencia, el menor no puede contraer. Lo mismo sucedería con el consejo llamado á asistir al pródigo ó al debil de espíritu, si su asistencia es necesaria por razón de las disposiciones que contiene el contrato de matrimonio. En fin, son *partes* los que hacen liberalidades á los futuros esposos; éstos prometen, son deudores, por consiguiente, partes, en el sentido del art. 1,396; también serían partes si hicieran una promesa cualquiera en favor del matrimonio; por ejemplo, si se hacían cauccionantes por la dote, ó si garantizaban el pago por una constitución de hipoteca. (2)

1 Douai, 1.° de Agosto de 1854 (Dalloz, 1855, 1, 3).
2 Duranton, t. XIV, pág. 57, núm. 56. Rodière y Pont, t. I, pág. 152, número 141.

96. Hay personas que asisten al contrato de matrimonio sin ser partes en él. Tales son los ascendientes y otros parientes que se hallan presentes cuando la redacción de las convenciones matrimoniales y que firman el acta sin hacer en ella estipulaciones ni promesas y sin que asistan á los esposos que suponemos capaces. Su presencia es de pura etiqueta, *honoris causa* como se dice en la escuela. Sucede algunas veces que los notarios dicen en el acta que los ascendientes asistan y autoricen á sus hijos, bien que éstos sean mayores de edad. (1) Esto es una mala expresión que pudiera inducir á error: los mayores de edad no necesitan de la autorización ni de la asistencia de sus ascendientes. Estos solo son partes cuando estipulan ó prometen; y aun así, es menester que estas estipulaciones ó promesas sean relativas á la asociación conyugal. Si unos terceros hacen con los futuros esposos una convención extraña al matrimonio, no serán partes en este contrato. Hay en este caso dos contratos esencialmente distintos, el de matrimonio y el contrato ordinario; se puede ser parte en este sin ser parte en el otro.

¿Qué debe decidirse si se trata del contrato de matrimonio de un hijo de familia de más de veintiún años de edad y de menos de veinticinco? El ascendiente asiste al contrato. ¿Deberá también asistir á la contraletra? La cuestión está controvertida aunque en nuestro concepto no haya ninguna duda. ¿Es el ascendiente parte? Nó, pues el hijo mayor de edad es capaz para hacer un contrato de matrimonio sin la asistencia de sus ascendientes (núm. 22). Luego el ascendiente no es parte como debiendo asistir á su hijo, y suponemos que no hace estipulación ni promesa; desde luego, su presencia es puramente honorífica. Se objeta que el ascendiente tiene un interés en las convenciones matrimoniales, porque puede suceder que consienta al matrimonio por razón del régimen y de las cláusulas que consienten los futuros esposos. Contestamos, y la respuesta es perentoria, que no basta tener *interés* para ser *parte* en un contrato, es necesario *estipular* ó *prometer*. Además, solo hay una *posibilidad de interés*; el legislador no ha tenido en cuenta esta eventualidad y el intérprete no puede hacer la ley. (1)

1 Toullier, t. VI, 2, pág. 46, núm. 51, y los autores citados por Aubry y Rau, t. V, pág. 260, nota 31, pfo. 503 *bis* (4.ª edición).

Con mayor razón los ascendientes no son partes cuando los hijos han alcanzado la edad en que pueden casarse á pesar de la falta de consentimiento de sus padres. Es verdad que deben aún solicitar sus consejos, pero pueden romper su resistencia haciendo actas respetuosas. En este sentido, los hijos pueden pasarse del consentimiento del ascendiente para el matrimonio. Desde entonces no hay ya motivo para considerar al ascendiente como parte. (2)

97. La ley exige la *presencia* y el *consentimiento simultáneo* de todos los que han sido partes en el contrato de matrimonio. ¿Puede decirse que están *presentes* cuando han sido llamados debidamente y no contestan al llamamiento? Es extraña la cuestión, pues el texto la decide; éste exige la *presencia* y el consentimiento dado, *estando presentes todas las partes*. Si los intérpretes tuvieran más respeto á la ley, ni siquiera hubieran preguntado si el debido llamamiento puede reemplazar la presencia. Hay casos en que el *silencio* equivale á un *consentimiento*, pero, ¿cómo la *no presencia* pudiera equivaler á la *presencia*? Aunque se admitiera que el que fué llamado y no se presente consiente, esto no bastaría, pues la ley no se conforma con el consentimiento, quiere la *presencia* y el consentimiento *simultáneo*.

1 Colmet de Santerre, t. V, pág. 20, núm. 12 *bis* IV. En sentido contrario, Duranton, t. XIV, pág. 58, núm. 57.

2 Troplong, t. I, pág. 126, núm. 239. En sentido contrario, Rodière y Pont, t. I, pág. 92, núm. 141. Odier, t. II, pág. 65, núm, 660. Marcadé, t. V, página 428, núm. 4 del artículo 1,396.

¿Por qué exige la ley el consentimiento simultáneo? Esto es una excepción al derecho común. Los que están llamados á consentir pueden hacerlo cuando quieran, sucesiva ó simultáneamente. La ley es más severa para las contraletras. ¿Qué razón hay para ello? Toullier contesta muy bien: "Porque los consentimientos aislados se obtienen más fácilmente. Tal consiente solo y rehusaría si estuviese acompañado ó sostenido por otros. Además, la presencia de todas las partes puede dar lugar á una discusión que dé esclarecimientos en que no se había pensado." (1)

98. Se enseña que los que deben asistir á la contraletra pueden hacerse representar por un apoderado; de donde resulta que á todo rigor el mismo mandatario podría representar á todas las partes. (2) Esto nos parece inadmisible. ¿Por qué quiere la ley la presencia y la simultaneidad del consentimiento? Toullier acaba de decírnoslo. El objeto de la ley no estaría alcanzado si un mandatario reemplazaba á las partes; los cónyuges que quisieren sorprender el consentimiento de las personas que han sido partes, se dirigirían sucesivamente á cada una de ellas y obtendrían fácilmente un poder en favor de un mismo mandatario; se favorecería, pues, la sorpresa y la ausencia de la discusión. ¿Es esto lo que quiso la ley?

99. Se supone que una de las personas que debían asistir á la contraletra no se presenta, ó lo que es lo mismo, no consiente el cambio: ¿Cuál será la consecuencia de esta negación? El art. 1,396 dice que el cambio no es válido; es decir, que no podrá efectuarse. Deben, pues, renunciar á él los esposos, ó es necesario que hagan un contrato de matrimonio sin el concurso de aquel que negó su consentimiento; lo que supone que se trata de una parte que prometió, y no de una parte que asistió á un incapaz; en este último caso

1 Toullier, t. VI, 2, pág. 45, núm. 50.
2 Duranton, t. XIV, pág. 56, núm. 54. Aubry y Rau, t. V, pág. 261, párrafo 503 *bis*.

todo cambio y toda convención nueva se harían imposibles.

De esto sigue que si un donante se niega á consentir á la contraletra, los futuros esposos deben hacer otro contrato, si se empeñan en el cambio que quieren hacer á su primitivo contrato. Se enseña, no obstante, que el cambio será válido, pero que la donación caerá. Creemos que esta opinión, sostenida por buenas inteligencias, está contraria á los principios. La ley dice terminantemente que la contraletra no es válida si una de las partes rehusa dar su consentimiento; esto es decir que el cambio es nulo y que subsiste el primer contrato. Las partes solo tienen una vía legal para realizar el cambio, y es hacer un nuevo contrato sin el concurso del donante, renunciando á la liberalidad que había hecho. No puede declararse que una donación queda sin efecto por el solo hecho de haber hecho los esposos un cambio contrario á la ley. La primera acta está conforme á la ley; luego ésta debe mantenerla hasta que esté válidamente substituida por un nuevo contrato. (1)

100. El consentimiento de una de las partes, se hace imposible si ésta muere ó se incapacita. ¿Cuál será, en este caso, la situación de los esposos? Si la parte que muere ha hecho una liberalidad ó una promesa cualquiera, se enseña que la contraletra no podrá hacerse, puesto que el consentimiento exigido por la ley no podía ser otorgado. ¿No es esto demasiado absoluto? ¿No podrán consentir los herederos del donante? Prometemos y estipulamos por nosotros y por nuestros herederos; todos nuestros derechos pueden ser ejercitados por los que nos representan, á no ser que sean legados á la persona; y se trata, en el caso, de intereses pecuniarios que no engendran derechos puramente personales. Si, pues, una de las partes fuera incapacitada, estaría en la imposibilidad para consentir; luego el cambio se haría im-

1 Marcadé, t. V, pág. 432, núm. 5 del artículo 1,396. En sentido contrario, Colmet de Santerre, t. VI, pág. 19, núm. 12 *bis* III. Compárese Rodière y Pont, t. I, pág. 94, núm. 142.

tente para con los terceros; sus derechos en el patrimonio de los esposos se regirán por el contrato de matrimonio como si no hubiera contraletra. Esta es la aplicación del principio establecido por el art. 1,320; válidas entre las partes, las contraletras están sin efecto para con los terceros. (1)

103. La Corte de Casación ha hecho una aplicación notable de estos principios en un caso en que la inmutabilidad de las convenciones matrimoniales se encontraba en conflicto con el principio de la inenajenabilidad del fondo dotal. Los esposos estaban casados bajo el régimen dotal. El marido emprendió especulaciones arriesgadas é hizo malos negocios. Deudor por sumas considerables, no podía encontrar dinero prestado á pesar de la fortuna de su mujer, estando ésta protegida por la dotalidad. Hé aquí el recurso de que se valieron los esposos: casaron á su hija bajo el régimen de la comunidad constituyéndole una dote de 100,000 francos que debía tomarse en una tierra que hacía parte de la dote de la madre y que valía una suma mucho más considerable. Si los esposos hubiesen obrado lealmente, hubieran constituido dicho tierra en dote hasta la suma de 100,000 francos que pretendían dar á su hija; lo sobrante hubiera quedado dotal; luego inenajenable. En estos términos todo hubiera sido legal (art. 1,555), pero el marido hubiera quedado sin crédito, Para eludir el obstáculo de la inenajenabilidad, los constituyentes, de acuerdo con su hija y su yerno, defraudaron la ley dando en apariencia á la hija la totalidad de la tierra sobre la que la dote debía tomarse, amueblándola hasta completar una suma de 250,000 francos; esto permitía al padre pedir prestado á nombre de su yerno. Por actas secretas fué convenido que la dote solo era de 100,000 francos y que lo sobrante se emplearía en pagar las deudas del padre. En apariencia, solo la madre perdía una parte de sus bienes dotales; en realidad, el contrato de matrimonio, como

1 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 22, núms. 13 y 13 *bis* I y II.

lo decía el recurso de casación, era una trampa para los terceros. Los recién casados contrajeron deudas considerables; los terceros contrataron en plena confianza en la fe del contrato de matrimonio aparante, pero los esposos á su vez, habiendo hecho malos negocios, uno de los acreedores embargó la tierra que le había sido dada en hipoteca. Entonces intervino la madre sosteniendo que la dote de la hija solo era aparente, que las convenciones matrimoniales solo tenían por objeto quitar á la tierra donada el carácter de dotalidad; pidió la nulidad del contrato como hecho en fraude de sus derechos. Los autores de esta trampa eran nobles. La Corte de Paris admitió el sistema de la demandante; falló en favor de la inenajenabilidad de los bienes dotales; el contrato de matrimonio había hecho un fraude á esta garantía de la mujer dotal; y el fraude arrastra la nulidad del acta fraudulosa, poco importa que esté practicado por medio del contrato de matrimonio ó por otra acta. Sin duda, pero quedaba por saber si los terceros podían ser víctimas de un contrato frauduloso. Para con ellos, solo había una acta válida, el contrato de matrimonio que les daba la plena seguridad y les garantizaba enteramente sus derechos. ¿Qué se les oponía? Una contraletra fraudulosa. ¿Podía esta contraletra serles opuesta? Nó, pues no estaba redactada en la forma prescripta por la ley, ni siquiera era auténtica; luego no existía para con los terceros. La Corte de Casación debía, por consiguiente, hacer prevalecer el principio de la inmutabilidad de las convenciones matrimoniales sobre el principio de la inmutabilidad de la dote. Unos terceros de buena fe contratando bajo garantía de un contrato de matrimonio, no podían ser despojados de su prenda por una acta fraudulosa, sin existencia legal, y por uno de los cómplices del fraude. (1)

1 Casación, 15 de Febrero de 1847 (Dalloz, 1847, 1, 53). El recurso fué admitido por la Sala de requisiciones sobre el informe de Troplong que se encuen-

104. El art. 1,397 dice que las contraletras no redactadas al calce de la minuta están sin efecto con relación á los terceros. ¿Qué debe entenderse aquí por terceros? El espíritu de la ley da respuesta á la cuestión. Quiere resguardar el interés de aquellos que tratan con los esposos ignorando las contraletras; luego todos estos son terceros; esta ignorancia, se supone, tendría por efecto restringir ó destruir los derechos que deben tener en el patrimonio de los esposos en virtud del contrato de matrimonio;(1) para impedir este fraude, la ley dispone que la contraletra no podrá serles opuesta. Acabamos de dar un ejemplo en el que no hay ninguna duda. Hay aplicaciones acerca de las que existen controversias. El marido cede un crédito dotal; el cesionario promueve contra el constituyente, éste opone una contraletra que relata reducción de la suma prometida por el contrato do matrimonio: ¿puede el cesionario rechazar la contraletra en calidad de tercero? La afirmativa no nos parece dudosa. En efecto, el cesionario quedaría engañado si habiendo comprado en la fe de una acta patente un crédito de 20,000 francos, se le pudiera oponer una contraletra que redujera la dote á 10,000 francos; y el objeto de la ley ha sido precisamente impedir que los terceros fueran lesionados por actas que no pueden conocer y que disminuirían los derechos que tienen en virtud del contrato de matrimonio. (2)

Se pregunta si los acreedores quirografarios de los esposos son terceros. El contrato de matrimonio estipula el régimen de la comunidad. Una contraletra establece la comunidad de gananciales y declara inenajenables los bienes de la mujer. En la fe del contrato, un banquero presta á los esposos una suma de 10,000 francos. Cuando persigue la ex-

tra reproducido en el *Tratado* de este autor acerca del *Contrato de matrimonio*, t. I, pág. 129, núms. 250-262.

1 Aubry y Rau, t. V, págs. 261 y siguientes, pfo. 503 *bis*. Rodière y Pont dan una definición más restrictiva combatida por Aubry y Rau, nota 36.

2 Aubry y Rau, t. V, pág. 262, nota 31. En sentido contrario, Rodière y Pont, t. I, pág. 162.

propiación, se le opone la contraletra en virtud de la que los bienes de la mujer no pueden ser enajenados: ¿puede rechazarla como tercero? Sí, sin ninguna duda. Es verdad que los acreedores quirografarios no tienen acción en los bienes de su deudor sino en el momento de la promoción, y que deben tomar estos bienes en el estado en que se encuentran. Tal es el sistema del Código Civil; dirémos en el título *De las Hipotecas* que la ley belga hipotecaria lo ha derogado en lo que se refiere á las actas translativas de derechos reales inmobiliarios. En el caso, no se trata de una acta de enajenacion hecha por los deudores; se queda bajo el imperio del Código. Pero el principio general se halla modificado por el art. 1,397; el deudor no puede oponer al acreedor una contraletra que modifica su contrato de matrimonio. Tal es también el espíritu de la ley; quiere resguardar los intereses de todos aquellos que tratan con los esposos é impedir que se les engañe con una acta que no pueden conocer; en el espíritu de la ley, la disposición debe aprovechar á los acreedores quirografarios tanto como á los que estipulan un derecho real. (1)

105. El art. 1,397 dice que los notarios no pueden dar ninguna cópia del contrato de matrimonio, sin transcribir en seguida la contraletra, "bajo pena de daños y perjuicios para las partes y bajo mayor pena si ha lugar." La ley no dice que á falta de la transcripción, la contraletra no tendrá efecto para los terceros; en lugar de la nulidad, establece otra sanción, daños y perjuicios, y si hay lugar, penas disciplinarias. ¿Por qué la contraletra, aunque no transcripta, tiene efecto para con los terceros, mientras que no puede serles opuesta cuando no ha sido redactada al calce de la minuta? La ley así lo decide, por aplicación de los principios generales de derecho. Toda acta que hacen las partes de con-

1 Aubry y Rau, t. V, pág. 163, nota 38. En sentido contrario, Rodière y Pont, t. I, pág. 162.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

formidad con la ley, es válida; y es nula cuan lo las partes omiten una formalidad substancial que ésta prescribe. La redacción de la contraletra, á continuación de la minuta, es una formalidad substancial; si no está llamada, la contraletra debe ser nula; en nuestra opinión, no tiene ninguna existencia legal. Pero cuando las partes se han conformado á la ley, cuando han cuidado á que el notario redacte la contraletra á continuación del contrato de matrimonio, la contraletra debe tener efecto para con los terceros, aunque el notario hubiera descuidado de transcribirla en la cópia del contrato; esta transcripción es obra del oficial público, los esposos son extraños á ella; ellos han cumplido con la ley, redactando la contraletra al calce de la minuta; desde luego, su acta debe ser plenamente válida.

Era preciso, sin embargo, una sanción á la disposición de la ley referente á la transcripción de la contraletra. El artículo 1,397 dice que el notario será condenado á los daños y perjuicios hácia las *partes*. ¿Cuáles son estas partes? Aquellas que resulten lesionadas por la falta de la transcripción; es decir, los terceros á los que los esposos pueden oponer la contraletra no transcripta; ésta puede ser perjudicial, en el sentido de que no tendrán en los bienes de los esposos los derechos que debieron tener en virtud del contrato de matrimonio; este perjuicio lo sufren por culpa del notario; éste es responsable como autor del hecho perjudicial. Alguien se prevaleció de la palabra *partes* para inducir que los daños y perjuicios se deben á las *partes contratantes*; es decir, á los esposos, lo que conduce á otra interpretación de la ley; las contraletras no podrían ser opuestas á los terceros, serían, pues, nulas para con ellos, á reserva del recurso de los esposos contra el notario. Esta opinión no ha encontrado eco, crea una nulidad que la ley no pronuncia, y declara la contraletra nula para con los esposos, aunque éstos hayan cumplido con la ley. Es verdad que la palabra *partes* significa

generalmente *partes contratantes*; en el art. 1,397, puede también entenderse en el sentido de partes interesadas; esta interpretación debe ser preferida, puesto que concilia los textos con los principios. Esta es la opinión general, excepto el disentimiento de Toullier. (1)

El texto del art. 1,397 da también lugar á una ligera dificultad. ¿Qué debe entenderse por estas palabras: "y bajo mayor pena si ha lugar?" La costumbre de Paris, de la que esta disposición está tomada, decía, *bajo pena de falsedad*: ¿Debe entenderse el art. 1,397 en el mismo sentido? Todos los autores dicen que el notario no comete una falsedad dando una cópia del contrato sin transcribir la contraletra, pero sería posible de una pena diciplinaria conforme á la ley de 25 ventoso, año XI.

§ V.—De la publicidad del contrato de matrimonio.

Núm. 1. De los comerciantes.

106. El Código de Comercio (art. 67), exige que todo contrato de matrimonio entre esposos de los que uno es comerciante se remita por extracto, en el mes de su fecha, á la secretaría del Tribunal Civil y del Tribunal de Comercio del domicilio del marido para ser inscripto en un cuadro *ad hoc* y expuesto durante un año en el auditorio de estos tribunales, y si no hay Tribunal de Comercio, en la sala principal de la casa común del domicilio del marido. Este extracto debe contener el nombre de los esposos y mencionar si se han casado por comunidad, si están separados de bienes, ó si hay exclusión de comunidad ó régimen dotal. Esta publicidad es muy incompleta, pero basta para aquellos que tienen conocimiento de ella; sabiendo que el comerciante con quien tratan ha hecho un contrato de matrimonio, pueden hacér-

1 Duranton, t. XIV, pág. 70, núm. 69 y todos los autores, excepto Toullier, t. VI, 2, pág. 60, núms. 67 y 68.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

formidad con la ley, es válida; y es nula cuan lo las partes omiten una formalidad substancial que ésta prescribe. La redacción de la contraletra, á continuación de la minuta, es una formalidad substancial; si no está llamada, la contraletra debe ser nula; en nuestra opinión, no tiene ninguna existencia legal. Pero cuando las partes se han conformado á la ley, cuando han cuidado á que el notario redacte la contraletra á continuación del contrato de matrimonio, la contraletra debe tener efecto para con los terceros, aunque el notario hubiera descuidado de transcribirla en la cópia del contrato; esta transcripción es obra del oficial público, los esposos son extraños á ella; ellos han cumplido con la ley, redactando la contraletra al calce de la minuta; desde luego, su acta debe ser plenamente válida.

Era preciso, sin embargo, una sanción á la disposición de la ley referente á la transcripción de la contraletra. El artículo 1,397 dice que el notario será condenado á los daños y perjuicios hácia las *partes*. ¿Cuáles son estas partes? Aquellas que resulten lesionadas por la falta de la transcripción; es decir, los terceros á los que los esposos pueden oponer la contraletra no transcripta; ésta puede ser perjudicial, en el sentido de que no tendrán en los bienes de los esposos los derechos que debieron tener en virtud del contrato de matrimonio; este perjuicio lo sufren por culpa del notario; éste es responsable como autor del hecho perjudicial. Alguien se prevaleció de la palabra *partes* para inducir que los daños y perjuicios se deben á las *partes contratantes*; es decir, á los esposos, lo que conduce á otra interpretación de la ley; las contraletras no podrían ser opuestas á los terceros, serían, pues, nulas para con ellos, á reserva del recurso de los esposos contra el notario. Esta opinión no ha encontrado eco, crea una nulidad que la ley no pronuncia, y declara la contraletra nula para con los esposos, aunque éstos hayan cumplido con la ley. Es verdad que la palabra *partes* significa

generalmente *partes contratantes*; en el art. 1,397, puede también entenderse en el sentido de partes interesadas; esta interpretación debe ser preferida, puesto que concilia los textos con los principios. Esta es la opinión general, excepto el disentimiento de Toullier. (1)

El texto del art. 1,397 da también lugar á una ligera dificultad. ¿Qué debe entenderse por estas palabras: "y bajo mayor pena si ha lugar?" La costumbre de Paris, de la que esta disposición está tomada, decía, *bajo pena de falsedad*: ¿Debe entenderse el art. 1,397 en el mismo sentido? Todos los autores dicen que el notario no comete una falsedad dando una cópia del contrato sin transcribir la contraletra, pero sería posible de una pena diciplinaria conforme á la ley de 25 ventoso, año XI.

§ V.—De la publicidad del contrato de matrimonio.

Núm. 1. De los comerciantes.

106. El Código de Comercio (art. 67), exige que todo contrato de matrimonio entre esposos de los que uno es comerciante se remita por extracto, en el mes de su fecha, á la secretaría del Tribunal Civil y del Tribunal de Comercio del domicilio del marido para ser inscripto en un cuadro *ad hoc* y expuesto durante un año en el auditorio de estos tribunales, y si no hay Tribunal de Comercio, en la sala principal de la casa común del domicilio del marido. Este extracto debe contener el nombre de los esposos y mencionar si se han casado por comunidad, si están separados de bienes, ó si hay exclusión de comunidad ó régimen dotal. Esta publicidad es muy incompleta, pero basta para aquellos que tienen conocimiento de ella; sabiendo que el comerciante con quien tratan ha hecho un contrato de matrimonio, pueden hacér-

1 Duranton, t. XIV, pág. 70, núm. 69 y todos los autores, excepto Toullier, t. VI, 2, pág. 60, núms. 67 y 68.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

selo presentar. Pero la publicidad no es muy eficaz sino para el momento, mientras que el cuadro está expuesto; la inscripción del extracto en un registro hubiera asegurado una publicidad permanente. Según los términos del art. 69, todo esposo separado de bienes ó casado bajo el régimen dotal, que tomaría la profesión de comerciante, posteriormente á su matrimonio, queda obligado á hacer igual entrega en el mes del día en que comenzó su comercio, bajo pena, caso de quiebra, de ser castigado como quebrado fraudulento.

107. ¿Cuál es la sanción de estas formalidades? Por derecho común, cuando una disposición deba hacerse pública y que la publicidad no ha tenido lugar, la disposición no puede ser opuesta á los terceros; este es el sistema de la ley hipotecaria belga (art. 1. °). La ordenanza de 1673 iba más allá, pronunciaba la pena de nulidad; el Código de Comercio no reproduce esta penalidad, (1) se limita á pronunciar una multa, y si hay lugar, la destitución contra el notario que descuidó de cumplir la formalidad que la ley le encarga. Esto es una sanción decisoria; la multa y la destitución no reparan el perjuicio que los terceros sufren por la falta de publicidad. Para encontrar una sanción á la ley, los tribunales se han visto precisados á ocurrir al art. 1,382. Es de principio que la mujer, aun dotal, responde con sus bienes por sus delitos y cuasidelitos; y la negligencia que la mujer comerciante pone en observar la ley, es un cuasidelito, puesto que es un hecho perjudiciable. Esto es verdad para el esposo que, casado bajo el régimen dotal, abraza la profesión de comerciante posteriormente á su matrimonio; el Código de Comercio (art. 69), le encarga cumplir las formalidades prescriptas por el art. 67 para asegurar la publicidad del régimen bajo el que ha contraído; es, pues, responsable de la falta de publicidad. (2) Pero cuando el esposo era comerciante en el momento en que se casa, no es él quien tiene encargo de llenar las formalidades legales, es el notario; no se puede imputar negligencia al esposo, por lo que no hay cuasidelito. No pasaría así si el esposo hubiere disimulado su contrato fraudulosamente: cada cual responde por su dolo. No insistirémos, porque las nuevas leyes decretadas en Francia y en Bélgica han llenado el vacío que presentaba el Código de Comercio.

1 Denegada, 20 de Abril de 1869 (Dalloz, 1870, 1, 99).
2 Denegada, 24 de Diciembre de 1860 (Dalloz, 1861, 1, 373).

Núm. 2. Disposiciones nuevas.

108. El art. 76 del Código Civil prescribe las enunciaciones que debe contener el acta de matrimonio redactada por el oficial del estado civil. Una ley francesa de 18 de Julio de 1850, dice que el oficial interpelará á los futuros esposos, así como á las personas que autorizan el matrimonio, si están presentes, para que declaren si se ha hecho un contrato de matrimonio, y en el caso de afirmativa, la fecha de dicho contrato y el lugar de la residencia del notario que lo redactó. La declaración hecha por esta interpelación debe ser enunciada por el oficial del estado civil en el acta que redacta, bajo pena de multa. Si el acta dice que los esposos se han casado sin contrato, la mujer será reputada, para con los terceros, capaz para contraer en los términos del derecho común. Con el fin de facilitar á los futuros esposos la observación de estas formalidades, la ley encarga al notario que recibió el contrato de matrimonio, de entregar á las partes, en el momento de la firma, un certificado en papel simple, enunciando los nombres, apellidos, calidad y domicilio de los esposos, así como la fecha del contrato y la residencia y nombres del oficial público. Este certificado indicará que debe ser entregado al oficial del estado civil antes de la celebración del matrimonio.

Nuestra ley hipotecaria ha reducido estas disposiciones modificándolas. Quiere que el oficial del estado civil enun-

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

cie «la fecha de las convenciones matrimoniales de los esposos y la indicación del notario que las habrá recibido; á falta de lo cual las cláusulas derogatorias al derecho común no podrán ser opuestas á los terceros que habrán contratado con los esposos, en ignorancia de las convenciones matrimoniales.»

109. La ley belga tiene el mismo objeto que la ley francesa, y es dar á conocer á los terceros que hay un contrato de matrimonio. Esto basta ya para resguardar los intereses de los terceros diligentes; la más simple prudencia les manda solicitar la comunicación del contrato de matrimonio ó de los esposos con los que contratan, con el fin de saber qué derechos tendrán contra la mujer y contra el marido. El Código de Comercio limitaba la publicidad á los comerciantes; es seguro que los comerciantes tienen relaciones más numerosas con los terceros que las personas extrañas al comercio. Pero si la publicidad es menos necesaria, siempre lo es. Las nuevas leyes han llenado una lacuna del Código. La ley francesa fué provocada por los fraudes á que daba lugar la estipulación del régimen dotal. La mujer dotal declaraba haberse casado sin contrato, se obligaba con sus bienes dotales y después oponía á los acreedores su contrato que hacía sus bienes inenajenables. (1) En Bélgica se usa poco el régimen dotal; por consiguiente, los fraudes que la ley francesa quiso evitar no se presentan á menudo; pero hay utilidad general en dar publicidad á las convenciones que interesan á los terceros. Nuestra ley hipotecaria ha introducido la publicidad para las transacciones inmobiliarias, tenía que extenderla también á las convenciones matrimoniales. La publicidad tiene la misma sanción: las convenciones no hechas públicas no pueden ser opuestas á los terceros que han contratado de buena fe con los esposos.

La ley belga no contiene las disposiciones reglamentarias

1 Véase el informe de Valette acerca de la ley de 1850 (Dalloz, 1850, 4, 150).

que se encuentran en la ley francesa. Han sido introducidas en ella por razón de la ignorancia de muchos oficiales del estado civil. Tales provincias hay en Bélgica, en que la ignorancia es la regla, y la ignorancia pone traba á las mejores leyes. El remedio se encuentra á mano. Debe agregarse que hasta aquí el legislador y el Gobierno han competido en indiferencia y en incuria, cuando la gran preocupación de los gobiernos debiera ser instruir y moralizar á las generaciones nacientes.

110. Las nuevas leyes promulgadas en Francia y en Bélgica, no abrogan las disposiciones del Código de Comercio, relativas á la publicidad del contrato de matrimonio de los comerciantes, por la razón que una ley general no deroga á una ley especial. Por otro lado, estas leyes, por lo mismo que son generales, reciben su aplicación á todos los que contraen matrimonio, cualquiera que sea su profesión; luego también á los comerciantes; para estos, hay, pues, una doble publicidad, la del Código de Comercio y la de la nueva ley. (1)

111. Las formalidades prescriptas por la ley hipotecaria, ¿pueden ser suplidas por notificaciones posteriores á la celebración del matrimonio? Es seguro que aquellos á quienes dichas notificaciones se hicieren no podrán prevalecerse de lo inobservancia de la ley; ni siquiera son necesarias estas notificaciones, basta que los terceros conozcan, poco importa por qué vía, la existencia de las convenciones matrimoniales para que puedan serles opuestas; únicamente cuando las ignoran es cuando no tienen efecto para con ellos. No es en estos términos como se ha presentado la cuestión. El marido habiéndose apercibido de que las formalidades de la ley no habían sido llenadas notificó al burgomaestro del municipio en que se había celebrado su matrimonio y al secretario del Tribunal, una acta en que constaba que la notificación se ha-

1 Circular del ministerio de justicia, pfo. I (Dalloz, 1850, 3, 79).

cía para reparar la omisión cometida en el contrato de matrimonio, y para que este contrato pueda producir en lo venidero sus efectos para con los terceros. La Corte de Lieja sentenció, y con razón, que formalidades prescriptas por interés de los terceros no podían ser reemplazadas por otras formalidades, las que, además, no alcanzaban el objeto de la ley. Las actas del estado civil son públicas y aseguran, por consiguiente, la publicidad de las enunciaciones que contienen; mientras que una notificación extralegal, no da ninguna publicidad á la declaración que el escribano comprueba. (1)

§ VI.—De los gastos del contrato de matrimonio.

112. ¿Quién debe soportar los gastos del contrato de matrimonio? Hay una gran incertidumbre en la doctrina y en la jurisprudencia acerca de esta cuestión que parece tan sencilla. Creemos inútil entrar en los pormenores de las diversas opiniones que se han dado á luz, porque los principios deciden la dificultad. Deben, desde luego, distinguirse dos órdenes de ideas que se han á menudo confundido. ¿Quién está obligado á pagar los gastos; es decir, contra quién tiene acción el acreedor? ¿Aquel que pagó la deuda, debe soportarla toda, ó hay lugar á repartirla entre los esposos?

El contrato de matrimonio se hace antes de la celebración del matrimonio, cuando aun no hay ninguna liga entre los futuros esposos. Estos quedan, pues, sometidos al derecho común; y la regla es que las partes contratantes sean deudores personales de los gastos del acta que hacen; y, según el derecho común, cuando hay dos deudores, la deuda se paga por mitad; cada uno de los esposos es, pues, deudor personal por la mitad de los gastos que puedan ser demandados por el acreedor por esta mitad. Hay una sentencia de la Corte de Casación en este sentido. (2)

1 Lieja, 28 de Febrero de 1857 (*Pasicrisia*, 1858, 2, 45).
2 Casación, 21 de Julio de 1852 (Dalloz, 1852, 1, 194).

¿Debe aplicarse este principio á las constituciones de las dotes y liberalidades hechas por contrato de matrimonio? Si la constitución es personal al esposo donatario, solo él es deudor, pues la disposición se hace en su exclusivo interés. Así sucedería si la liberalidad fuese hecha fuera del contrato de matrimonio; y la circunstancia de constar en éste no cambia su naturaleza ni su carácter. Pero si la donación se hiciera á ambos esposos, cada uno sería deudor por mitad, y debe decirse otro tanto si la futura comunidad fuera donataria, pues la comunidad no es una persona civil contra la que pueda promoverse; las acciones intentadas contra la comunidad deben ser formadas contra el marido que es su jefe; en el caso, la mujer pudiera ser accionada por mitad, según el derecho común. (1)

113. Esto nos conduce á la segunda cuestión. ¿Quién soporta los gastos? Esto depende de las convenciones matrimoniales de los esposos. Si se casan bajo el régimen de la comunidad legal, la mitad de los gastos á que cada uno está obligado, siendo una deuda mobiliar anterior al matrimonio, esta deuda deberá entrar en el pasivo de la comunidad legal y será regida por el derecho común; el marido la soportará por entero si la mujer renuncia á la comunidad, y si la acepta, contribuirá por mitad, á reserva de su beneficio de emolumento. Si los esposos están casados bajo el régimen exclusivo de la comunidad, cada uno es deudor personal de las deudas que contrajo antes de la celebración del matrimonio.

La Corte de Dijon admitió otra base; dice que los gastos deben repartirse en proporción á las sumas aportadas por los respectivos esposos. (2) Esto nos parece arbitrario: cual-

1 Compárese en sentido contrario, Aubry y Rau, t. V, pág. 249 y notas 11-13, pfo. 504. Troplong, t. I, pág. 114, núm. 199. Rodière y Pont, t. 1, núms. 295 y 296 (2.ª edición).
2 Dijon, 3 de Diciembre de 1869 (Dalloz, 1870, 2, 161).

quiera deuda se reparte según el número de los deudores, salvo derogación. ¿Hay derogación en el caso? Se pudiera decir que la contribución se reglamenta según el interés de los esposos; pero este principio no nos parece aplicable á los gastos de un contrato que interesa igualmente á cada una de las partes, á reserva de que ellas estimen su interés, si éste es distinto.

ARTICULO 3.—De las cláusulas prohibidas.

§ I.—De las clausulas contrarias a las buenas costumbres.

114. El art. 1,387, después de haber asentado el principio de que los esposos pueden hacer sus convenciones matrimoniales como lo juzguen á proposito, agrega: "siempre que no estén contrarias á las buenas costumbres." Esta restricción no es peculiar á los contratos de matrimonio, es una regla general que la ley formula en varias ocasiones. El art. 6 dice que los particulares no pueden derogar por sus convenciones á las leyes que interesan á las buenas costumbres; el art. 900 reputa no escritas las condiciones contrarias á las buenas costumbres; según los términos del artículo 1,131, la obligación acerca de una cosa ilícita no puede tener ningún efecto, y según el art. 1,193, la causa es ilícita cuando es contraria á las buenas costumbres. El art. 1,172 dice que en las obligaciones convencionales, toda condición de una cosa contraria á las buenas costumbres es nula y hace nula la convención que de ella depende. ¿Qué se entiende por una condición ó cláusula contraria á las buenas costumbres? Transladamos á lo que fué dicho en el título *De las Donaciones* acerca del art. 900 (t. XI, pág. 720, núms. 491 y 492).

115. Hé aquí un ejemplo tomado de la jurisprudencia. Las convenciones matrimoniales tienen esencialmente por objeto

reglamentar los derechos é intereses de los esposos. Cuando los parientes intervienen en ellas, es para hacer liberalidades á sus hijos. Se ha presentado un contrato de matrimonio en el que todas las estipulaciones estaban hechas en favor de la madre y del padre de la futura. En consideración del matrimonio, la futura, aun menor, renuncia á pedir una cuenta de tutela y abandona á su madre sus muebles así como una herencia que le pertenece; además, se impone otros varios cargos. Por su lado, el futuro contrae la obligación de llevar cada año la leña para sus suegros y pagarles anualmente, durante su vida, 12 cargas de trigo y 200 francos en dinero. Es evidente, dice la Corte de Bourges, que estas diferentes obligaciones, impuestas por los padres de la futura, han sido una de las condiciones del matrimonio; esto es decir que el consentimiento de la madre y del padrastro había sido comprado por los futuros; para decir mejor, los padres le hobían puesto precio; condición profundamente inmoral y que viciaba el contrato en su esencia. En vano se objetaba que estas diversas estipulaciones constituían una pensión alimentaria; la sentencia contesta que nada prueba que los padres tuviesen necesidad de una pensión; el contrato nada decía de alimentos, considera más bien las obligaciones impuestas á los futuros como un crédito; así, los padres habían cedido el beneficio de antemano á un tercero durante varios años. Las convenciones fueron declaradas nulas. (1)

116. Las disposiciones directamente contrarias á las buenas costumbres son raras en los contratos de matrimonio, como en todo contrato. No es porque falte la inmoralidad, sino porque no se hace alarde de ella en una acta auténtica. Algunas liberalidades se hacen ordinariamente á los futuros esposos, ó por un esposo al otro. Si se les agrega una condición ilícita, debe aplicarse el art. 900: la condición será

1 Bourges, 29 de Enero de 1833 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 89).

quiera deuda se reparte según el número de los deudores, salvo derogación. ¿Hay derogación en el caso? Se pudiera decir que la contribución se reglamenta según el interés de los esposos; pero este principio no nos parece aplicable á los gastos de un contrato que interesa igualmente á cada una de las partes, á reserva de que ellas estimen su interés, si éste es distinto.

ARTICULO 3.—De las cláusulas prohibidas.

§ I.—De las clausulas contrarias a las buenas costumbres.

114. El art. 1,387, después de haber asentado el principio de que los esposos pueden hacer sus convenciones matrimoniales como lo juzguen á proposito, agrega: "siempre que no estén contrarias á las buenas costumbres." Esta restricción no es peculiar á los contratos de matrimonio, es una regla general que la ley formula en varias ocasiones. El art. 6 dice que los particulares no pueden derogar por sus convenciones á las leyes que interesan á las buenas costumbres; el art. 900 reputa no escritas las condiciones contrarias á las buenas costumbres; según los términos del artículo 1,131, la obligación acerca de una cosa ilícita no puede tener ningún efecto, y según el art. 1,193, la causa es ilícita cuando es contraria á las buenas costumbres. El art. 1,172 dice que en las obligaciones convencionales, toda condición de una cosa contraria á las buenas costumbres es nula y hace nula la convención que de ella depende. ¿Qué se entiende por una condición ó cláusula contraria á las buenas costumbres? Transladamos á lo que fué dicho en el título *De las Donaciones* acerca del art. 900 (t. XI, pág. 720, núms. 491 y 492).

115. Hé aquí un ejemplo tomado de la jurisprudencia. Las convenciones matrimoniales tienen esencialmente por objeto

reglamentar los derechos é intereses de los esposos. Cuando los parientes intervienen en ellas, es para hacer liberalidades á sus hijos. Se ha presentado un contrato de matrimonio en el que todas las estipulaciones estaban hechas en favor de la madre y del padre de la futura. En consideración del matrimonio, la futura, aun menor, renuncia á pedir una cuenta de tutela y abandona á su madre sus muebles así como una herencia que le pertenece; además, se impone otros varios cargos. Por su lado, el futuro contrae la obligación de llevar cada año la leña para sus suegros y pagarles anualmente, durante su vida, 12 cargas de trigo y 200 francos en dinero. Es evidente, dice la Corte de Bourges, que estas diferentes obligaciones, impuestas por los padres de la futura, han sido una de las condiciones del matrimonio; esto es decir que el consentimiento de la madre y del padrastro había sido comprado por los futuros; para decir mejor, los padres le hobían puesto precio; condición profundamente inmoral y que viciaba el contrato en su esencia. En vano se objetaba que estas diversas estipulaciones constituían una pensión alimentaria; la sentencia contesta que nada prueba que los padres tuviesen necesidad de una pensión; el contrato nada decía de alimentos, considera más bien las obligaciones impuestas á los futuros como un crédito; así, los padres habían cedido el beneficio de antemano á un tercero durante varios años. Las convenciones fueron declaradas nulas. (1)

116. Las disposiciones directamente contrarias á las buenas costumbres son raras en los contratos de matrimonio, como en todo contrato. No es porque falte la inmoralidad, sino porque no se hace alarde de ella en una acta auténtica. Algunas liberalidades se hacen ordinariamente á los futuros esposos, ó por un esposo al otro. Si se les agrega una condición ilícita, debe aplicarse el art. 900: la condición será

1 Bourges, 29 de Enero de 1833 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 89).

reputada no escrita y la donación válida; con mayor razón no queda viciado por ella el contrato de matrimonio; mientras que si la condición es lícita y no está cumplida, la donación puede ser revocada. Importa, pues, mucho saber si la condición es ó nó contraria á las buenas costumbres. La cuestión ha sido vivamente discutida para la condición de no volverse á casar. La hemos examinado en otro lugar (tomo XI, pág. 731, núm. 501). (1) En materia de convenciones matrimoniales, se ha propuesto una distinción que se admite en teoría, bien que sea muy difícil aplicarla. Si la condición tiene por objeto esencial imponer la viudedad é impedir un segundo matrimonio, ataca á la libertad y, por lo tanto, es ilícita. Pero también puede tener un objeto lícito; tal es el deseo de vigilar á los intereses de los hijos del primer matrimonio, siempre comprometidos por un segundo matrimonio; tal sería también el deseo de proveer á las necesidades del esposo donatario durante su viudedad, necesidad que cesa cuando se vuelve á casar. Este último caso se ha presentado ante la Corte de Bruselas. El contrato de matrimonio decía: «En consideración de la amistad que el futuro esposo tiene á su futura esposa, en el caso de supervivencia de ésta, le hace donativo del usufructo durante su viudedad solamente, de varios inmuebles especificados en el contrato.» La Corte sentenció que esta estipulación nada tenía de contrario á las buenas costumbres, pero sin motivar de otra manera su decisión; (2) podía, en efecto, no considerarla como una donación, sino como una liberalidad á plazo, teniendo por objeto asegurar á la viuda las necesidades de la vida, ó la holganza de que había disfrutudo durante el matrimonio, por todo el tiempo que permaneciese viuda, sin impedirle por esto de casarse; solo en caso de convalar, cesando las necesidades, los efectos de la liberalidad también cesaban. La distinción es muy delicada pero muy jurídica.

1 Compárese en diverso sentido, Delvincourt, Vazeille, Pezzani, Duranton, Poujol, Rodière y Pont (Rodière, t. I, pág. 35, núm. 52) y Marcadé, t. V, pág. 404, núm. 2 del art. 1,387).

2 Bruselas, 1.° de Agosto de 1855 (*Pasicrisia*, 1856, 2, 25).

§ II.—De las clausulas contrarias al orden publico.

117. Cuando la ley prohíbe las convenciones ó condiciones contrarias á las *buenas costumbres*, agrega ordinariamente, las que son contrarias al *orden público* (arts. 6 y 1,133). El art. 1,387 no mencionaba el orden público; después de haber prohibido las convenciones contrarias á las buenas costumbres, agrega: «y además, bajo las modificaciones que siguen.» Esto es desde luego el art. 1,388 que contiene aplicaciones del principio según el cual las disposiciones contrarias al orden público son nulas. Hemos dicho, al explicar el art. 6, que el orden público en materia de derecho privado consiste en el estado de las personas y en la capacidad ó incapacidad que de ellas resultan (t. I, núms. 47–49). El artículo 1,388 consagra implícitamente este principio prohibiendo á los esposos derogar á los derechos que resultan del poder marital, del poder paterno y de la tutela; explica por medio de ejemplos lo que la ley entiende ordinariamente por esta expresión un tanto vaga de *orden público*. La Exposición de los motivos formula el principio en términos más generales diciendo que los esposos no pueden hacer convenciones contrarias á las buenas costumbres y al *orden público*. (1)

118. El art. 1,388 dice que los esposos no pueden derogar á los derechos que resultan del poder marital en la persona de su mujer. La jurisprudencia no ofrece ejemplo de un contrato de matrimonio que haya derogado al poder marital; los ejemplos que dan los autores son de tal evidencia, íbamos á decir de tal sencillez, que no vale la pena relatarlos. (2).

1 Berlier, *Exposición de los motivos*, núm. 4 (Locré, t. VI, pág. 389).

2 Duranton, t. XIV, pág. 22, núm. 25. Aubry y Rau, t. V, pág. 265, párrafo 504.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

La ley solo habla del poder del marido sobre la persona de la mujer. Resulta del poder marital una consecuencia muy importante respecto á los bienes, es la incapacidad de la mujer casada. El mismo capítulo que trata de los derechos y de los deberes de los esposos, establece el principio de que la mujer no puede hacer ninguna acta jurídica sin la autorización de su marido ó de la justicia (arts. 215-218). La incapacidad de la mujer casada, siendo una consecuencia de la sumisión que debe á su marido, es por esto mismo de orden público; no está, pues, permitido á los esposos derogar á ello. Pothier dice que las convenciones que tienden á substraer á la mujer al poder que las costumbres conceden al marido sobre ella, están consideradas en nuestras costumbres, como siendo contrarias á la consideración pública, y, en consecuencia, nulas. Es por esta razón, dice, por lo que la jurisprudencia ha declarado nulas las autorizaciones generales en los contratos de matrimonio; es decir, las cláusulas por las que se dice que el marido autoriza á su mujer, no solo á administrar, sino también para enajenar como guste sus heredades, con cualquier título que sea, sin que tenga necesidad de ocurrir para esto á la autorización particular. Las sentencias han proscripto á estas cláusulas de autorización general, como tendiendo á hacer á la mujer independiente del marido, y substraerla enteramente á su poder. (1)

El Código ha consagrado estos principios. Según los términos del art. 223, «toda autorización *general*, aun estipulada *por contrato de matrimonio*, solo es válida en cuanto á la *administración* de los bienes de la mujer.» El art. 1,538 completa esta prohibición, disponiendo que «toda autorización general para enajenar los inmuebles dados á la mujer, ya sea por contrato de matrimonio, ya después, es nula.» En el capítulo del régimen dotal, la ley reproduce la prohibición derogando en este punto al derecho romano: la mujer

1 Pothier, *Introducción al Tratado de la comunidad*, núm. 5.

dotal tiene la administración de sus bienes parafernales, pero no puede enajenarlos sin la autorización de su marido. Las autorizaciones especiales son válidas; esto es el derecho común.

El Código no prohíbe las autorizaciones generales sino en lo que concierne á las enajenaciones. ¿Debe concluirse de esto que el contrato de matrimonio pudiera autorizar á la mujer para hacer actas jurídicas para las que la ley la declara incapaz? Nó, seguramente. La incapacidad de la mujer tiene el mismo carácter, cualquiera que sea el acta, siempre es de orden público; no puede, pues, derogar á ella para ninguna acta, mediante autorización general. El caso se ha presentado para la autorización general para litigar. Ha sido sentenciado que esta autorización era válida para el pleito en el que la mujer estaba comprometida en el momento en que el marido la autorizaba en términos generales. Esto era admisible de hecho, porque el marido había concurrido con su mujer en varias actas del procedimiento. (1) Pero en derecho, la Corte de Casación hubiera debido declarar nula la autorización general, aunque solo fuera por honor á los principios. Aunque la ley admite que la autorización del marido puede ser general, como para la mujer comerciante, agrega que la mujer, aun mercader público, no puede actuar en juicio sin autorización de su marido. (arts. 220 y 215).

119. Se encontró en un contrato de matrimonio una singular estipulación acerca de la separación de cuerpos; se decía que si los esposos fueren separados de cuerpos, los productos continuarían comunes. Bajo el punto de vista moral, es extraño que se prevea la posibilidad de una separación de cuerpos en el momento de casarse, pues la separación solo puede ser pronunciada por adulterio, sevicias,

1 Casación, 22 de Mayo de 1815 (Dalloz, en la palabra *Matrimonio*, número 854).

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

delitos ó injurias graves. Bajo el punto de vista jurídico, es también extraño que haya comunidad de productos entre esposos separados de cuerpos. La comunidad de bienes es una consecuencia de la comunidad de vida y de afecto; por eso es que el art. 311 dispone que la separación de cuerpos arrastrará *siempre* la separación de bienes. Esto es de orden público; luego los esposos no lo pueden derogar. Es verdad que el art. 1,388 no prevee este caso; pero esta disposición solo es la aplicación de un principio más general que prohíbe toda convención contraria al orden público (núm. 117); y la separación de cuerpo es de orden público, tanto como el matrimonio. La Corte de Bruselas lo sentenció así, pero sin dar el verdadero motivo de su decisión. (1)

120. El art. 1,388 dice que los esposos no pueden derogar á los derechos resultando del poder *marital* acerca de la persona de los *hijos*. No es exacto decir que el poder marital dé un derecho en los hijos, pues según el Código Civil, el poder *paterno* pertenece á igual título al *padre* y á la *madre*, solo que el padre ejerce solo esta autoridad durante el matrimonio (art. 372 y 373). Por lo demás, el poder paterno es de orden público, tanto como el poder marital, puesto que concierne al estado y la capacidad de las personas; está, pues, prohibido á los esposos derogar á ello.

La aplicación del art. 1,388 da lugar á una cuestión muy importante bajo el punto de vista de los principios. Es de uso bastante frecuente que los esposos que tienen diferentes religiones, convengan que sus hijos varones tendrán la religión del padre, y la hembra la de la madre; en los países católicos, se impone á los esposos educar á sus hijos en la religión católica cuando uno de los esposos es católico. Se pregunta cuál es el valor de estas convenciones, suponiéndolas escritas en el contrato de matrimonio. Los autores están

1 Bruselas, 28 de Marzo de 1810 (Dalloz, en la palabra *Poder paterno*, número 58, 1.°)

acordes en enseñar que solo tienen un valor moral; el padre es quien, durante el matrimonio, tiene el poder paterno y éste no es otra cosa sino el derecho, ó para mejor decir, el deber de educación. Esto decide la cuestión. Teniendo el padre el derecho y el deber de educación, á él solo pertenece dirigir la educación religiosa del hijo. Si tiene convicciones religiosas, y debe tenerlas, su deber es educar á sus hijos en las convicciones que para él son la verdad. No se concibe que intervengan convenciones acerca de un deber de conciencia, acerca del cargo de almas que Dios impone á aquellos á quienes da hijos; lo que es de orden público y de orden moral, es extraño á las convenciones que solo tienen por objeto intereses pecuniarios. (1)

Existen, sin embargo, disentimientos y restricciones. Rodière y Pont dicen que el derecho de educación pertenece con igual título al padre y á la madre; en efecto, el artículo 203 dice que los esposos contraen juntos, por el solo hecho del matrimonio, la obligación de educar á sus hijos. De esto se concluye que si los padres no están de acuerdo, el debate debe llevarse ante los tribunales. (2) Se olvida que el derecho de educación hace parte del poder paterno y que este poder, si pertenece al padre y á la madre, el primero es solo quien lo ejerce. El Código prevee un caso en el que el padre y la madre están en desacuerdo; el padre consiente al matrimonio de su hijo menor, la madre niega su consentimiento: ¿Se ha llamado al juez á decidir esta cuestión? El art. 148 responde que el consentimiento del padre basta. Esta es la aplicación del principio sentado por el art. 373, que confiere al padre solo el ejercicio del poder paterno durante el matrimonio. Esto se funda también en la razón. Si debe

1 Durantou, t. XIV, pág. 22, núm. 24. Aubry y Rau, t. V, pág. 266 y nota 2. Troplong, t. I, pág. 72, núm. 61. Colmet de Santerre, t. VI, pág. 4, número 5 *bis* II.

2 Rodière y Pont, t. I, pág. 38, núm. 57.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

intervenir el Tribunal con tanta frecuencia como el padre y la madre están en desacuerdo acerca de una cuestión de educación, deberá el juez decidir que el hijo estudiará el derecho en lugar de estudiar medicina, y que la hija se hará monja en lugar de casarse. Puede decirse que esto es absurdo, pues es encargar al juez una misión que es incapaz de cumplir y no tiene calidad más que para decidir si los hijos deben profesar la religión católica ó la protestante.

Marcadé está de acuerdo, pero hace una reserva. El padre puede abusar de su poder; puede querer educar á sus hijos en el mahometismo ó en la doctrina de algún soñador como Fourier: No hay duda, dice Marcadé, que en este caso, los tribunales pueden y deben quitar al padre la dirección de la educación de su hijo. (1) Preguntamos en dónde se dice que los tribunales tienen el derecho de quitar al padre su poder de educación. Hemos discutido este punto en otro lugar (t. III, núm. 43). El extraño poder que Marcadé reconoce á los tribunales viene en apoyo de nuestra opinión. El mahometismo no es más del gusto nuestro que lo es el fourierismo, pero no se trata de una cuestión de gusto, se trata de una cuestión de derecho; todas las creencias religiosas están en una misma línea. Creemos inútil insistir.

121. El poder paterno produce efectos considerables en cuanto á los bienes de los hijos: el padre tiene la administración y gozo de ellos. Se pregunta si el contrato de matrimonio puede derogar á este derecho. Hemos enseñado repetidas veces que la administración legal es de orden público, mientras que el usufructo legal es una ventaja pecuniaria que, como todo derecho pecuniario, puede ser objeto de convenciones. (2) Todos los autores son de opinión contraria. Aubry y Rau, quienes en sus primeras ediciones profesaban nuestra opinión en cuanto al usufructo legal, la han

1 Marcadé, t. V, pág. 407, núm. 5 del artículo 1,389.

2 Véase el tomo IV de mis *Principios*, pág. 458, núms. 297 y 298; pág. 493, núm. 323; pág. 499, núm. 327; t. XI, pág. 662, núm. 448.

abandonado en la cuarta edición. (1) ¿Debe seguirse su ejemplo y adoptar la doctrina dominante? Si las razones dadas por los editores de Zachariæ nos hubieran convencido, no tendríamos ningún escrúpulo en retractarnos de nuestro error. Pero nuestra convicción queda igual; debemos, pues, mantenerla, aunque fuésemos los únicos en este parecer. Nuestra labor es establecer los principios, sin importarnos el que nos sigan ó no; si profesamos la verdad, ésta triunfará, si es un error, lo condenamos de antemano.

Se nos oponen autoridades muy especiales acerca de las convenciones matrimoniales. En la discusión que tuvo lugar en el consejo de Estado acerca del art. 1,388, Treilhard y Berlier se pronunciaron por la opinión que combatimos. Treilhard dice que el art. 1,388 no habla del poder paterno sino para prohibir las estipulaciones que tasen al padre este poder en la persona de sus hijos y en el usufructo de sus bienes. Berlier se expresa en el mismo sentido: «El gozo de los frutos del hijo ligado al derecho de guardia, no es materia de convención entre los esposos, es el orden establecido por la ley en las familias; nada habrá fijo si se puede derogarlo.» (2) El solo testimonio de Treilhard pareció tan decisivo á Troplong que ni siquiera se toma la molestia de discutir la opinión contraria. ¡Se diría que Treilhard es infalible! ¿Cuál es el objeto de la discusión? ¿Es el de decidir si se puede ó no derogar al usufructo legal? De ninguna manera; se discutía el sentido de esta expresión en el art. 1,388, que los esposos no pueden derogar á los derechos del marido *como jefe*. La expresión es vaga y el debate lo es todavía más; es de tal manera confuso que después de leído el proceso verbal, no se sabe lo que quiso decir el consejo. Después de todo, palabras incidentemente cambiadas en la deliberación de un cuerpo que solo preparaba la ley, no tienen nin-

1 Aubry y Rau, t. V, pág. 265, nota 1, pfo. 504.

2 Sesión del consejo de Estado, del 6 vendimiario, año XII, núm. 8 (Locré, t. VI, págs. 346 y 347).

guna autoridad. Quedan los principios según los cuales la cuestión debe ser decidida. Los hemos expuesto en otro lugar y hemos dicho que contestábamos de antemano á los argumentos que decidieron á los editores de Zachariæ.

122. El art. 1,388 prohíbe también á los esposos "derogar á los derechos conferidos al esposo supérstite por el título *Del Poder Paterno* y por el título *De la Menor Edad*, *De la Tutela* y *De la Emancipación*." Cuando los padres mueren se abre la tutela; ésta pertenece al supérstite, á reserva de que el marido al morir nombre un consejo á la madre tutora. Los padres no pueden derogar á la tutela, porque es de orden público. Acerca de este punto citarémos una observación hecha en el consejo de Estado por el cónsul Cambacérès, ésta dará una idea de las cosas que ahí menudeaban frecuentemente y que se quisieran transformar en ley. Cambacérès criticaba el art. 1,388: no hay motivo, según él, para prohibir la estipulación por la que unos padres prudentes, temiendo que la mujer joven aún, no pueda llevar la carga de la tutela, convinieran que en caso de muerte del marido, no se volvería tutora sino cuando cumpliera veinticinco años. Berlier, espíritu más jurídico que el cónsul, le contestó que el marido tenía el derecho de nombrar un consejo á su mujer y que, si no se lo daba, la mujer tiene el derecho de ser tutora, derecho que una convención no le puede quitar, pues es un deber que la naturaleza y la ley le imponen. (1)

§ III.—De las clausulas contrarias á los derechos del marido como jefe.

123. "Las esposas no pueden derogar á los derechos del marido como jefe (art. 1,388)." Esta disposición es obscura: ¿de qué derechos se trata? Se ha creído que la ley hablaba de los derechos que el marido tiene como tal; es decir, como ejerciendo el poder marital en la persona de su mujer. Esta interpretación es inadmisible, puesto que haría decir á la ley dos veces la misma cosa. En efecto, el principio del artículo prohíbe derogar á los derechos resultando del poder marital en la persona de la mujer; cuando la ley habla inmediatamente después de los derechos del marido como jefe, debe entender otros derechos que aquellos de que acaba de tratar; y no hay otros sino aquellos que pertenecen al marido sobre los bienes. (1) Debemos, pues, ver qué derechos tiene el marido en los bienes á título de *jefe*.

1 Sesión del consejo de Estado del 6 vendimiario, año XII, núm. 8 (Locré, t. VI, págs. 345 y 347).

124. Esta disposición del art. 1,388 parece haber sido tomada de Pothier. Se lee en su *Introducción al Tratado de la comunidad*: "Si se ha dicho en el contrato de matrimonio que la mujer sería *jefe de la comunidad* de bienes que tendría lugar entre los esposos, una convención así no sería válida, siendo contraria al respeto público que el hombre que Dios hizo para ser el jefe de la mujer, *vir est caput mulieris*, no fuera el jefe de la comunidad de bienes." (2) Se ve que Pothier aplica á la comunidad de bienes á la vez que da motivos que se aplican á cualquier régimen, pues bajo cualquier régimen el marido es el jefe de la mujer. Así, los términos del art. 1,388 son generales y se encuentran bajo la rúbrica *De las Disposiciones generales* aplicables á todos los régimenes. Sin embargo, el principio que la ley establece, interesa sobre todo á la comunidad, la que es una sociedad de bienes entre los esposos, mientras que bajo los demás régimenes los esposos están separados de bienes. En una sociedad importa saber si los derechos de los asociados son iguales como lo quiere el derecho común, ó si uno de los socios, el marido, es el jefe. El art. 1,388 decide implícitamente que el marido es el jefe de la asociación conyugal en cuanto á los bienes, lo que es muy lógico, puesto que es

1 Marcadé. t. V, pág. 408, núm. 5 del artículo 1,388.
2 Pothier, *Introducción*, núm. 4.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN

guna autoridad. Quedan los principios según los cuales la cuestión debe ser decidida. Los hemos expuesto en otro lugar y hemos dicho que contestábamos de antemano á los argumentos que decidieron á los editores de Zachariæ.

122. El art. 1,388 prohíbe también á los esposos "derogar á los derechos conferidos al esposo supérstite por el título *Del Poder Paterno* y por el título *De la Menor Edad*, *De la Tutela* y *De la Emancipación*." Cuando los padres mueren se abre la tutela; ésta pertenece al supérstite, á reserva de que el marido al morir nombre un consejo á la madre tutora. Los padres no pueden derogar á la tutela, porque es de orden público. Acerca de este punto citarémos una observación hecha en el consejo de Estado por el cónsul Cambacérès, ésta dará una idea de las cosas que ahí menudeaban frecuentemente y que se quisieran transformar en ley. Cambacérès criticaba el art. 1,388: no hay motivo, según él, para prohibir la estipulación por la que unos padres prudentes, temiendo que la mujer joven aún, no pueda llevar la carga de la tutela, convinieran que en caso de muerte del marido, no se volvería tutora sino cuando cumpliera veinticinco años. Berlier, espíritu más jurídico que el cónsul, le contestó que el marido tenía el derecho de nombrar un consejo á su mujer y que, si no se lo daba, la mujer tiene el derecho de ser tutora, derecho que una convención no le puede quitar, pues es un deber que la naturaleza y la ley le imponen. (1)

§ III.—De las clausulas contrarias á los derechos del marido como jefe.

123. "Las esposas no pueden derogar á los derechos del marido como jefe (art. 1,388)." Esta disposición es obscura: ¿de qué derechos se trata? Se ha creído que la ley hablaba de los derechos que el marido tiene como tal; es decir, como ejerciendo el poder marital en la persona de su mujer. Esta interpretación es inadmisible, puesto que haría decir á la ley dos veces la misma cosa. En efecto, el principio del artículo prohíbe derogar á los derechos resultando del poder marital en la persona de la mujer; cuando la ley habla inmediatamente después de los derechos del marido como jefe, debe entender otros derechos que aquellos de que acaba de tratar; y no hay otros sino aquellos que pertenecen al marido sobre los bienes. (1) Debemos, pues, ver qué derechos tiene el marido en los bienes á título de *jefe*.

1 Sesión del consejo de Estado del 6 vendimiario, año XII, núm. 8 (Locré, t. VI, págs. 345 y 347).

124. Esta disposición del art. 1,388 parece haber sido tomada de Pothier. Se lee en su *Introducción al Tratado de la comunidad*: "Si se ha dicho en el contrato de matrimonio que la mujer sería *jefe de la comunidad* de bienes que tendría lugar entre los esposos, una convención así no sería válida, siendo contraria al respeto público que el hombre que Dios hizo para ser el jefe de la mujer, *vir est caput mulieris*, no fuera el jefe de la comunidad de bienes." (2) Se ve que Pothier aplica á la comunidad de bienes á la vez que da motivos que se aplican á cualquier régimen, pues bajo cualquier régimen el marido es el jefe de la mujer. Así, los términos del art. 1,388 son generales y se encuentran bajo la rúbrica *De las Disposiciones generales* aplicables á todos los régimenes. Sin embargo, el principio que la ley establece, interesa sobre todo á la comunidad, la que es una sociedad de bienes entre los esposos, mientras que bajo los demás régimenes los esposos están separados de bienes. En una sociedad importa saber si los derechos de los asociados son iguales como lo quiere el derecho común, ó si uno de los socios, el marido, es el jefe. El art. 1,388 decide implícitamente que el marido es el jefe de la asociación conyugal en cuanto á los bienes, lo que es muy lógico, puesto que es

1 Marcadé. t. V, pág. 408, núm. 5 del artículo 1,388.
2 Pothier, *Introducción*, núm. 4.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN

también el jefe de la asociación en cuanto á las personas. El principio de que el marido es el jefe, procediendo del poder marital, es por esto mismo de orden público, aunque concierne á los bienes; es por esta razón por lo que los cónyuges no lo pueden derogar. No se podría, pues, estipular que los esposos serán iguales; no se entendería que lo fuesen como socios cuando no lo son como cónyuges.

125. ¿Debe inducirse de esto que los poderes que la ley concede al marido bajo el régimen de la comunidad, no pueden sufrir ninguna modificación? La cuestión está controvertida; para resolverla deben distinguirse los diversos casos que pueden presentarse en cuanto á los bienes del marido, es seguro que el contrato de matrimonio no puede limitar sus derechos; no los ejerce como jefe, sino como propietario, y el régimen de la comunidad, como ningún otro régimen, no modifica los derechos del marido sobre su patrimonio; conserva después del matrimonio el derecho pleno de propiedad que toma antes de casarse, el matrimonio no ejerce ninguna influencia en los derechos del marido, hay que apartar el art. 1,388, no se aplica al marido. Esta disposición solo concierne á los bienes poseídos por la asociación conyugal, la comunidad y los bienes de la mujer.

Según los términos del art. 1,421, el marido solo administra los bienes de la comunidad. ¿Pueden los esposos derogar á este principio que domina á todo el régimen á tal punto que en el derecho antiguo se decía que el marido es el amo y señor? Nó, acerca de este punto todos están de acuerdo. El art. 1,421 da al marido la administración exclusiva de la comunidad como consecuencia del poder marital; así como en la sociedad de personas el marido ejerce el poder, así también en la sociedad de bienes la ley quiere que haya un amo, y este es el marido. No es, pues, necesario decir que el contrato de matrimonio no podría dar la administración exclusiva á la mujer, porque ésta sería el jefe,

cuando la ley quiere que éste sea el marido. Tampoco podría el contrato repartir la administración entre el marido y la mujer; esto sería establecer la igualdad entre los esposos, y la ley ha desechado el principio de igualdad declarando que la mujer está sometida á su marido (art. 212), y que el marido es el jefe de la asociación en cuanto á los bienes (artículo 1,387). Esta desigualdad no viola la justicia. En lo que concierne á la sociedad de bienes que los esposos forman, el poder que la ley reconoce al marido solo es la expresión de las facultades diversas de los esposos y de la misión que resulta para cada uno: á la mujer el gobierno de la casa y la educación de los hijos; al marido la dirección de los intereses generales de la familia. De hecho, la mujer será consultada y su consejo será escuchado. De derecho, era necesario en una sociedad de dos personas, dar la preponderancia á una de ellas para evitar conflictos diarios; esta preponderancia pertenece al marido por la naturaleza, la ley solo la ha consagrado.

El art. 1,421 da al marido otro poder más extenso é igualmente exclusivo, disponiendo que el marido puede, sin el concurso de la mujer, vender, enajenar é hipotecar los bienes de la comunidad. ¿Se puede estipular que el marido no tendrá derecho de disponer de los bienes comunes sino con el concurso de la mujer? La cuestión tiene á los autores divididos: la opinión general es que esta estipulación sería nula. La ley da al marido el derecho de enajenar con igual título que el derecho de administrar y con la misma extensión, en lo que concierne á las actas onerosas; esto es un poder exclusivo; el concurso de la mujer está expresamente excluido. Este poder tiene el mismo fundamento, ya sea que se trate de enajenar ó de administrar; es la consecuencia de la desigualdad que reina en el matrimonio y en la asociación de los bienes. Debe, pues, decirse del derecho de enajenar lo que acabamos de decir del derecho de administrar;

pertenece al marido como jefe; luego queda prohibido á los esposos derogar á la disposición. (1) La opinión contraria se funda en una falsa interpretación del art. 1,388; se supone que al prohibir á los esposos derogar á los derechos del marido como jefe, la ley solo pretendió resguardar el poder marital dejando entera libertad á los esposos en cuanto á los bienes; decimos que la interpretación es falsa, puesto que es contraria al mismo texto de la ley (núm. 123). No hay sentencia acerca de la materia; hay, pues, que creer que nunca se presentó á la mente de los esposos el subordinar la autoridad del marido á un concurso de la mujer.

Hay sin embargo una hipótesis en la que la cuestión se hace dudosa. La mujer hace muebles á sus inmuebles, ó los esposos estipulan la comunidad universal, lo que implica hacer muebles los bienes de cada uno; ¿podrá estipular el contrato que el marido solo tendrá el derecho de enajenar los muebles de la mujer con su concurso? Por derecho común, los inmuebles de la mujer quedan fuera de la comunidad; ¿la mujer, haciéndolos entrar en ella no puede poner la condición de que el marido necesitará su concurso para disponer de ellos? A primera vista, se está tentado de creer que esto es el ejercicio del derecho de propiedad. Aquel que enajena sus bienes, ¿no puede hacerlo bajo la condición que juzgue conveniente? La mujer está libre de estipular que sus bienes serán inenajenables; ¿por qué no podría estipular que su consentimiento es necesario para enajenarlos? Sin embargo, la Corte de Paris ha sentenciado que esta estipulación es nula; esta es también la opinión de la mayor parte de los autores, pero importa precisar los motivos de esta resolución. La Corte cita el art. 1,421 que da al marido el derecho de enajenar sin el concurso de su mujer; esto es de la esencia de la comunidad, dice el artículo. (2) Sin duda, ¿pero por qué

1 Aubry y Rau, t. V, pág. 266, nota 3, pfo. 504, y las autoridades que citan.

2 Paris, 7 de Mayo de 1855 (Dalloz, 1856, 2, 257).

razón es esto de la esencia de la comunidad? El art. 1,387 da pleno poder á los esposos para hacer sus convenciones matrimoniales como lo juzguen á propósito; les es, pues, permitido derogar á las disposiciones del Código acerca de los diversos régimenes. Vuelve nuestra cuestión á presentarse: ¿por qué no les está permitido derogar al art. 1,421? La contestación se encuentra no en el art. 1,421, sino en el artículo 1,388. Es la cláusula nula porque deroga á los derechos del marido como jefe. Los esposos están libres para extender ó restringir la sociedad de bienes que forman, pueden estipular una comunidad universal ó reducirla á los gananciales. Pero una vez formada la comunidad, el marido es su jefe, y le queda prohibido derogar á los derechos que como tal le pertenecen.

126. El art. 1,428 da al marido la administración de todos los bienes personales de la mujer. ¿Este poder le pertenece como jefe, ó pueden los esposos derogarlo? La ley permite á la mujer estipular que tendrá la administración de sus bienes; esto es lo que se llama régimen de la separación de bienes (art. 1,536). Bajo el régimen dotal, la mujer tiene la administración de sus bienes parafernales (artículo 1,576). Esto prueba ya que la administración de los bienes de la mujer no pertenece al marido como jefe; si la tuviera con este título, no se podría derogarla, y el régimen de la separación de bienes se haría imposible. Si el marido tiene la administración de los bienes de la mujer, es porque goza de ellos: es muy natural que aquel que goza administre. La administración y el goce están unidos bajo el régimen de la comunidad, de exclusión de la comunidad y del régimen dotal; el marido, bajo estos diversos régimenes, goza de los bienes de la mujer y los administra. Bajo el régimen de la separación de bienes, al contrario, la mujer es la que goza, y también es ella la que administra; lo mismo pasa bajo el

régimen dotal con los bienes parafernales. Y el derecho del marido en cuanto al goce, puede ser limitado; luego el derecho de administración también puede serlo. Hay un régimen bajo el cual el marido no tiene el goce de los bienes de su mujer, es el de la separación de bienes, por consiguiente, tampoco tiene su administración. Bajo el régimen dotal, el marido goza de los bienes dotales y los administra; no goza de los bienes parafernales y, por consiguiente, no tiene su administración. Y depende de la mujer constituirse en dote lo que ella quiera; puede, pues, restringirse á la vez el goce y la administración del marido; la ley prevee aún el caso en que todos los bienes de la mujer son parafernales (art. 1,575); en este caso, el marido no goza ni administra; esto será en realidad el régimen de la separación de bienes.

Bajo el régimen exclusivo de la comunidad, el marido tiene el gozo y la administración de los bienes de la mujer. Sin embargo, la ley permite á la mujer estipular que percibirá anualmente sobre sus solos recibos una parte de sus rentas para sus necesidades personales. Si la mujer se reserva el gozo de un bien, ¿tendrá también la administración de dicho bien? Esto está controvertido, como lo dirémos más adelante. Lo seguro es que la mujer puede estipular. Tiene derecho de reservarse la administración y gozo de todos sus bienes; con mayor razón podrá estipular que tendrá la administración de alguno de ellos. Y si esta estipulación está permitida bajo el régimen exclusivo de la comunidad, debe serlo también bajo el régimen de la comunidad. Por derecho común, el marido percibe todos los frutos de los propios de la mujer, pero esto no es de la esencia de la comunidad; la mujer común puede, pues, estipular que gozará de tal bien para sus gastos particulares y que tendrá su administración. Acerca de este punto no hay ninguna duda. La mujer ¿podrá reservarse el goce y la administración de todos sus bienes? La afirmativa no es dudosa; solo que esto

no será ya el régimen de la comunidad; pero el nombre que los esposos dan á su régimen importa poco, deben atenerse á sus convenciones. (1) Hasta aquí no hay ninguna duda. La mujer puede reservarse la administración y el gozo de sus bienes bajo todos los régimenes, ya sea de todos sus bienes, ya sea de parte de ellos. ¿Podría también separar la administración del gozo; es decir, estipular la administración para ella y el gozo para su marido? Esto es cuestión de escuela, acerca de la que los autores están divididos. Marcadé encuentra esta estipulación insultante para el marido; (2) hay que hacer á un lado las grandes frases y solo ver si la convención deroga á los derechos del marido como jefe. Y la negativa es segura, según lo que acabamos de decir. El marido no administra los bienes de su mujer como jefe; luego no se deroga á sus derechos estipulando que la mujer administrará. En cuanto á la dignidad del marido, suponiendo que esté comprometida en este debate, á él le toca resguardarla.

La jurisprudencia ignora estos debates. Hé aquí un caso que se ha presentado ante la Corte de Casación. El contrato de matrimonio estipulaba el régimen dotal; los esposos se reservaban el derecho de administrar cada uno sus bienes, soportando los gastos del matrimonio por igual parte. De hecho, la mujer dejó la administración y el gozo á su marido; pero habiéndose presentado algunas dificultades entre los esposos, la mujer ocurrió á la justicia para que declarase que tenía sola el derecho de administrar sus bienes y de disponer de sus frutos, á reserva de contribuir por mitad á los gastos del matrimonio. El marido pretendió que la cláusula del contrato en la que se fundaba la demanda, era contraria á las buenas costumbres y al orden público. La Corte de

1 Aubry y Rau, t. V, pág. 267, pfo. 504. Rodière y Pont, t. I, pág. 41, números 161-163, pág. 43, núm. 64. Troplong, t. I, pág. 73 núm. 66.

2 Marcadé, t. V, pág. 412, núm. 6 del artículo 1,387. En sentido contrario, Troplong, t. I, pág. 74, núm. 67.

Paris desechó sus pretensiones; ésta cita el art. 1,387 que permite á los esposos reglamentar sus convenciones como lo juzguen conveniente. Esto fué motivar muy mal una decisión muy justa. El recurso fué admitido por la Sala de las requisiciones, y desechado por la Sala Civil. La sentencia de denegada se limita á afirmar que la cláusula litigiosa, muy usada, no era contraria á las buenas costumbres. (1) Los intérpretes deberían siempre acordarse que afirmar no es probar. El motivo para decidir era fácil en este caso, y perentorio, puesto que está escrito en la ley. ¿Qué es una cláusula que permite á los esposos gozar de sus bienes y administrarlos soportando los cargos del matrimonio por mitad? Los esposos calificaban su régimen de dotal; en realidad, todos los bienes de cada uno de ellos permanecían propios; había, pues, separación de bienes, pues los frutos mismos eran propios. Luego todos los bienes de la mujer eran parafernales: esto es la cláusula prevista por el artículo 1,575. Esto decide la cuestión: ¿puede decirse de una cláusula consagrada por la ley que es contraria á las buenas costumbres?

127. ¿Pueden los esposos adoptar el régimen de la comunidad y estipular que los bienes de la mujer serán inenajenables? La opinión común de los autores es que esta estipulación es lícita; (2) la jurisprudencia admite su validez sin discutirla siquiera, como cosa evidente. (3) Nos adherimos á hesitar á esta manera de ver; pero ¿cuál es el verdadero motivo para decidir? La libertad es la regla en materia de convenciones matrimoniales, excepto las cláusulas que la ley prohíbe. Se trata de saber si la cláusula de la inenajenabilidad está prohibida por la ley. No lo está por el artículo 1,388, pues el marido no tiene el derecho de enajenar los bienes de la mujer (art. 1,428). Este derecho solo pertenece á la mujer. ¿Puede abdicarlo? Lo abdica por el solo hecho de casarse bajo el régimen dotal, puesto que bajo este régimen los inmuebles dotales no pueden ser enajenados ni hipotecados. La inenajenabilidad, si quita á la mujer el derecho de enajenar, le da á la ley la mayor de las garantías para la conservación de su patrimonio: ¿Puede decirse que una convención ataque á los derechos de la mujer cuando tiene por objeto resguardar estos derechos? El texto de la ley responde á la objeción; éste autoriza la estipulación de inenajenabilidad bajo el régimen dotal; lo considera, pues, como lícito en favor de la mujer; esto es decisivo. ¿Qué importa el régimen bajo el que se casan los esposos? Lo que está permitido bajo el régimen dotal debe serlo bajo los demás régimenes. La inenajenabilidad es el carácter distintivo del régimen dotal, pero no es el privilegio legado á este régimen, es una excepción del derecho común que la ley autoriza en el interés de la mujer; debe, pues, admitirlo bajo todos los régimenes. Los esposos pueden tomar sus convenciones de los diversos régimenes; este derecho resulta del art. 1,387; y el art. 1,581 da de ello un ejemplo que decide nuestra cuestión; permite estipular la inenajenabilidad de los bienes dotales bajo el régimen de la comunidad de gananciales; luego la permite implícitamente en toda comunidad, pues no hay la menor razón para prohibir en la comunidad legal lo que está permitido en la comunidad de gananciales, ésta última no siendo sino la comunidad legal modificada en cuanto á los bienes y á las deudas que en ella entran.

Troplong sostiene la opinión contraria con razones bastante malas; esto es por una série de afirmaciones que olvida probar, variaciones sin fin, reproduciendo siempre el mismo

1 Denegada, Sala Civil, 1.° de Marzo de 1837 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 110).

2 Aubry y Rau, t. V, pág. 268 y nota 7, y las autoridades que citan.

3 Casación, 24 de Agosto de 1836 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 3,158, 6.°). Compárese Denegada, 29 de Junio de 1847 (Dalloz, 1847, 1, 295). Caen, 14 de Julio de 1842 (Dalloz, 1845, 4, 164), y 11 de Febrero de 1850 (Dalloz, 1852, 2, 109).

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

pensamiento. Bastará citar algunos trozos. «Está prohibido por la leyes, las buenas costumbres y el orden público, disminuir la capacidad de la mujer con restricciones arbitrarias.» Troplong cita el art. 1,133 relativo á la causa ilícita. ¿Qué tiene que hacer la causa en este debate? Troplong aplica en seguida su pretendido principio á la cláusula litigiosa: ataca la libertad de la mujer. ¿Y qué sucede con el art. 1,554 y con la inenajenabilidad de los bienes dotales? Lo que es lícito bajo el régimen dotal, ¿puede ser ilícito bajo los demás régimenes? La mujer debe estipular el régimen dotal, dice Troplong, si quiere que sus bienes estén inenajenables; si estipula el régimen de la comunidad con inenajenabilidad, hace lo que no tiene el derecho de hacer, y no hace lo que podía hacer. (1) Siempre afirmaciones sin pruebas. Creemos inútil insistir.

128. La jurisprudencia no ha hesitado nunca acerca de la cuestión de principio, pero en la aplicación se han presentado graves dificultades en las que la Corte de Casación se encontró en conflicto con las cortes de apelación. Se trataba de saber cómo la inenajenabilidad debe ser estipulada. El art. 1,392 contesta á la cuestión: «La simple estipulación de que la mujer se constituye ó le constituyen una dote, no basta para someter estos bienes bajo el régimen dotal, si no hay en el contrato de matrimonio una *declaración expresa* á este respecto.» Resulta de esto que se debe estipular expresamente para casarse bajo el régimen dotal. ¿Por qué la ley exige una declaración *expresa?* Es precisamente por razón de la inenajenabilidad de los bienes dotales. La inenajenabilidad es contraria al interés general, es una excepción al derecho común; con este doble título solo puede existir en virtud de una convención formal. En el caso, se supone que los esposos se han casado bajo el régimen de la comunidad; el art. 1,392 no recibe, pues, aplicación directa á nuestra cuestión, pero hay lugar á aplicar la regla de que el art. 1,392 es el mismo, una consecuencia: y es que toda derogación al derecho común, sobre todo en materia de orden público, no pudiera ser admitida sino en virtud de una declaración expresa.

1 Troplong, t. I, págs. 76 y siguientes, núms. 78 y 79.

¿Qué se entiende por declaración *expresa?* Lo hemos dicho muchas veces. Esta expresión excluye una manifestación tácita de la voluntad de las partes; si éstas quieren la excepción, es preciso que lo digan; se necesitan, pues, palabras, no palabras sacramentales, la ley no las exige nunca, pero palabras que den claramente á conocer á los terceros las condiciones de los bienes. Si éstos son enajenables, forman la prenda de los acreedores; si son inenajenables, escapan á su acción. El principio no está contestado; la Corte de Caen lo aplicó en varias ocasiones. (1) Hay un escollo en la práctica, y es que ésta admite demasiado fácilmente la inenajenabilidad en las provincias en las que el régimen dotal era antaño el derecho común. Sin duda se deben interpretar los contratos por lo que es de uso en los países en los que se hizo el acta; pero esto solo es verdad para las cláusulas ambiguas (art. 1,159); y cuando la pretendida cláusula de inenajenabilidad es ambigua, esto es una prueba segura de que no es expresa, por lo que no hay inenajenabilidad. Esto es lo que ha decidido la Corte de Casación, salas reunidas, en el caso siguiente.

El contrato de matrimonio decía: «Los inmuebles presentes y por venir de la futura no podrán ser enajenados sin un reemplazo en inmuebles aceptado por ella, ó por una garantía hipotecaria suficiente para asegurarle la devolución del precio, garantía que los adquirentes estarán obligados á conservar por una inscripción.» ¿Es esto una cláusula que estipula la inenajenabilidad de los bienes de la mujer? En

1 Caen, 4 de Julio de 1842 (Dalloz, 1845, 4, 164, núm. 20); 11 de Febrero de 1850 (Dalloz, 1852, 2, 109), y denegada, 2 de Marzo de 1853 (Dalloz, 1853, 1, 82).

un país de costumbres no se presentaría la cuestión; se diría que esto es una cláusula de empleo obligatoria para los terceros, y lejos de que esta cláusula arrastre inenajenabilidad, implica que los bienes son enajenables. En un país de dotalidad, la Corte de Caen juzgó que esta cláusula tenía por efecto hacer dotales á los inmuebles y, por consiguiente, inenajenables é inembargables. Se ve el peligro de esta interpretación; los acreedores que habían tratado con los esposos sobre la garantía de los inmuebles de la mujer se veían frustrados en sus créditos en virtud de una cláusula que no era seguramente expresa. En el recurso, la sentencia fué casada. La Corte de Casación dice muy bien: «Si se permite á la mujer común someter todos ó parte de sus bienes bajo el régimen dotal, y si esta convención no está sometida á una fórmula sacramental, es preciso cuando menos que exista de parte de la mujer una declaración expresa de tal manera clara, que los terceros no puedan nunca ser inducidos á error.» Era fácil, después de esto, que la Corte demostrase que la cláusula litigiosa no llenaba esta condición. (1) El negocio fué devuelto ante la Corte de Rennes. Esta admitió la interpretación de la Corte de Caen. Parte del principio incontestado que está permitido á los esposos al casarse bajo el régimen de la comunidad, tomar del régimen dotal la protección que la inenajenabilidad asegura á la mujer; la Corte reconoce que la cláusula debe ser clara y precisa, y después analiza la cláusula que dividía á la Corte de Caen y á la de Casación y que dividió á los magistrados de la Corte de Rennes, y la encontró clara y precisa en favor de la inenajenabilidad. ¿Cómo no vió la Corte que una cláusula acerca de cuyo sentido los magistrados diferían de parecer no podía ser clara y precisa, y que siendo dudosa no era expresa como lo exige el art. 1,392? En el nuevo recurso, las salas reunidas mantuvieron la jurisprudencia de la Sala Civil. «La

1 Casación, 6 de Noviembre de 1854 (Dalloz, 1854, 1, 439).

cláusula litigiosa, dice la sentencia, no presenta ni una declaración expresa de dotalidad como lo quiere la ley, ni una estipulación que pueda reemplazarla, solo asegura cierta garantía á la mujer para el caso de una venta voluntaria; pero no se deduce necesariamente de ella que de un modo absoluto, y para las obligaciones que pudiera contraer personalmente, sus bienes estén marcados de inenajenabilidad dotal.» (1) Los términos de esta sentencia son de una gran importancia; fijan el sentido del art. 1,392 y de la declaración que éste exige para que los bienes de la mujer estén inenajenables.

§ IV.—De los pactos sucesorios.

129. El art. 1,389, dice: «Los esposos no pueden hacer ninguna convención ó renuncia cuyo objeto sea cambiar el orden legal de la sucesión..... sin perjuicio de las donaciones entre vivos ó testamentarias que pudieren tener lugar según las formas y en los casos determinados por el presente Código.» Esta disposición tiene por objeto mantener uno de los principios fundamentales de nuestro derecho, la prohibición de los pactos sucesorios. La ley lo establece en el art. 1,130; prohíbe especialmente la renuncia á una sucesión futura en el art. 791; el art. 1,600 reproduce la prohibición extendiéndola aún al caso en que se vendiera la sucesión de una persona viva, con su consentimiento. Hemos expuesto los motivos de estas prohibiciones repetidas en el título *De las Obligaciones*. ¿Por qué la ley vuelve á citarlas en el título *Del Contrato de Matrimonio?* Es porque en el derecho antiguo era de uso cambiar el orden legal de las sucesiones en las convenciones matrimoniales para asegurar la sucesión al mayor de los hijos, ó para excluir de ella á las mujeres, ó para conservar los bienes á la familia. La revo-

1 Casación, 8 de Junio de 1858 (Dalloz, 1858, 1, 233).

un país de costumbres no se presentaría la cuestión; se diría que esto es una cláusula de empleo obligatoria para los terceros, y lejos de que esta cláusula arrastre inenajenabilidad, implica que los bienes son enajenables. En un país de dotalidad, la Corte de Caen juzgó que esta cláusula tenía por efecto hacer dotales á los inmuebles y, por consiguiente, inenajenables é inembargables. Se ve el peligro de esta interpretación; los acreedores que habían tratado con los esposos sobre la garantía de los inmuebles de la mujer se veían frustrados en sus créditos en virtud de una cláusula que no era seguramente expresa. En el recurso, la sentencia fué casada. La Corte de Casación dice muy bien: «Si se permite á la mujer común someter todos ó parte de sus bienes bajo el régimen dotal, y si esta convención no está sometida á una fórmula sacramental, es preciso cuando menos que exista de parte de la mujer una declaración expresa de tal manera clara, que los terceros no puedan nunca ser inducidos á error.» Era fácil, después de esto, que la Corte demostrase que la cláusula litigiosa no llenaba esta condición. (1) El negocio fué devuelto ante la Corte de Rennes. Esta admitió la interpretación de la Corte de Caen. Parte del principio incontestado que está permitido á los esposos al casarse bajo el régimen de la comunidad, tomar del régimen dotal la protección que la inenajenabilidad asegura á la mujer; la Corte reconoce que la cláusula debe ser clara y precisa, y después analiza la cláusula que dividía á la Corte de Caen y á la de Casación y que dividió á los magistrados de la Corte de Rennes, y la encontró clara y precisa en favor de la inenajenabilidad. ¿Cómo no vió la Corte que una cláusula acerca de cuyo sentido los magistrados diferían de parecer no podía ser clara y precisa, y que siendo dudosa no era expresa como lo exige el art. 1,392? En el nuevo recurso, las salas reunidas mantuvieron la jurisprudencia de la Sala Civil. «La

1 Casación, 6 de Noviembre de 1854 (Dalloz, 1854, 1, 439).

cláusula litigiosa, dice la sentencia, no presenta ni una declaración expresa de dotalidad como lo quiere la ley, ni una estipulación que pueda reemplazarla, solo asegura cierta garantía á la mujer para el caso de una venta voluntaria; pero no se deduce necesariamente de ella que de un modo absoluto, y para las obligaciones que pudiera contraer personalmente, sus bienes estén marcados de inenajenabilidad dotal.» (1) Los términos de esta sentencia son de una gran importancia; fijan el sentido del art. 1,392 y de la declaración que éste exige para que los bienes de la mujer estén inenajenables.

§ IV.—De los pactos sucesorios.

129. El art. 1,389, dice: «Los esposos no pueden hacer ninguna convención ó renuncia cuyo objeto sea cambiar el orden legal de la sucesión..... sin perjuicio de las donaciones entre vivos ó testamentarias que pudieren tener lugar según las formas y en los casos determinados por el presente Código.» Esta disposición tiene por objeto mantener uno de los principios fundamentales de nuestro derecho, la prohibición de los pactos sucesorios. La ley lo establece en el art. 1,130; prohíbe especialmente la renuncia á una sucesión futura en el art. 791; el art. 1,600 reproduce la prohibición extendiéndola aún al caso en que se vendiera la sucesión de una persona viva, con su consentimiento. Hemos expuesto los motivos de estas prohibiciones repetidas en el título *De las Obligaciones*. ¿Por qué la ley vuelve á citarlas en el título *Del Contrato de Matrimonio?* Es porque en el derecho antiguo era de uso cambiar el orden legal de las sucesiones en las convenciones matrimoniales para asegurar la sucesión al mayor de los hijos, ó para excluir de ella á las mujeres, ó para conservar los bienes á la familia. La revo-

1 Casación, 8 de Junio de 1858 (Dalloz, 1858, 1, 233).

lución de 1789 abolió estos privilegios odiosos, la aristocracia abrió el campo á la democracia; proclamada en el orden político, la igualdad debía también penetrar en el orden civil, porque la desigualdad en las sucesiones era la base más sólida del régimen aristocrático. Hoy ya no existe la aristocracia, la nobleza solo es una palabra vana; los abusos que quiso impedir el legislador prohibiendo toda convención acerca de las sucesiones futuras, con objeto de cambiar su orden legal, no existen ya en nuestras costumbres, esto es historia ya; historia que hemos relatado en el título *De las Sucesiones*. La única cosa que tenga un interés práctico, es la prohibición de los pactos sucesorios. Esta prohibición no es absoluta; el art. 1,389 hace una reserva para las donaciones por contrato de matrimonio, que lo más á menudo versan acerca de bienes que el donante dejara á su muerte: verdaderos pactos acerca de la sucesión futura que el legislador autoriza para favorecer el matrimonio; hé aquí por qué la institución contractual debe hacerse por contrato de matrimonio. Esto es una excepción á la regla, y las excepciones no pueden extenderse; el art. 1,389 está redactado en este sentido; principia por prohibir á los esposos hacer ninguna convención que tuviera por objeto cambiar el orden legal de las sucesiones, y después recuerda la excepción que el Código autoriza, permitiendo instituir á un heredero por contrato de matrimonio. Debe completarse el art. 1,389 por los arts. 1,130 y 1,600; aunque el pacto sucesorio no tuviera por objeto cambiar el orden legal de las sucesiones, está, sin embargo, prohibido por contrato de matrimonio tanto como por toda clase de contratos; solo hay una excepción para la institución contractual.

130. El art. 1,389 habla de las convenciones y renuncias. Es, sobre todo, bajo la forma de renuncias como se hacían los pactos que en el derecho antiguo derogaban al orden legal de las sucesiones. Se imponían á las mujeres, á los segundos en favor del mayor, con el fin de asegurar, como se decía, el esplendor de la familia; lo que no impidió que la Francia aristocrática se abismara en la revolución de 1789. Tan verdad es así que estas renuncias se arrancaban á los hijos segundones que ciertas costumbres las presumían; bastaba para excluir de la sucesión á las hijas, que se les diera algo al casarlas, lo que se llamaba *capelo de flores*. (1)

Las convenciones que el art. 1,389 prohíbe, no siempre tenían por objeto un interés aristocrático; había otra tendencia en el antiguo derecho más legítima, la de conservar los bienes en las familias. Hemos dicho en otro lugar que los autores del Código habían desechado la regla que aseguraba los bienes paternos á los padres paternos y los bienes maternos á los padres maternos. Las convenciones matrimoniales se hacían en el mismo espíritu; se inmovilizaba la fortuna mueble estipulando que el dinero sería propio de comunidad, y para impedir los inmuebles ficticios de pasar á otra familia, se estipulaba que serían propios á los futuros cónyuges en sus respectivos descendientes, tanto directos como colaterales, sin que el otro cónyuge pudiera tomar nada de ello de cualquiera manera que fuera. Ya no se conocen estas convenciones, pues tendían á derrumbar el orden regular de las sucesiones, como puede verse en Toullier. (2)

131. El art. 1,383 prohíbe las convenciones derogatorias al orden legal de las sucesiones, ya con relación á los esposos en la sucesión de sus hijos ó descendientes, ya con relación á los hijos entre sí. Así, los esposos no podrían convenir que uno de ellos no sucedería á un hijo; no podrán estipular que los hijos del primer matrimonio serían asimilados á los del segundo en cuanto al derecho recíproco de la sucesión de hermanos entre sí. La ley no habla expresamente del derecho legal que tienen los hijos para suceder á sus pa-

1 Toullier, t. VI, 2, pág. 22, núm. 19. Troplong, t. I, pág. 93, núm. 126.
2 Toullier, t. VI, 2, pág. 23, núm. 20. Troplong, t. I, pág. 94, núm. 128.

dres; lo comprende en la expresión general *con relación á sus hijos entre sí*. De esto se sigue que la cláusula de *affférissement* está prohibida: se entendía por esta expresión la convención que asimilaba los hijos del primer matrimonio á los que pudieran nacer del segundo; esto era también derogar al orden legal de las sucesiones, lo que prohíbe el Código. (1)

132. Las aplicaciones que ha hecho la jurisprudencia del art. 1,389 son poco numerosas; se relacionan con antiguas costumbres que se desvanecen poco á poco. Por contrato de matrimonio, el futuro esposo hace donación á la futura de todos sus bienes que abandonará excepto aquellos que procedan de su madre, los que, dice el acta, pasarán á sus padres paternos después de la muerte de su mujer, á quien da el usufructo de los mismos bienes durante su vida. Después de la muerte del marido, los herederos paternos pidieron el reparto de la sucesión contra los herederos maternos. Estos opusieron el contrato de matrimonio que les aseguraba los bienes del difunto. La Corte de Bruselas sentenció que el Código Civil no permitía ya hacer arreglo de sucesión, como se podía hacer en el antiguo derecho. La convención litigiosa era un pacto sucesorio; luego prohibido por la ley, pues ésta no autoriza sino la institución contractual en provecho de los esposos y de los hijos por nacer de su matrimonio. (2)

Un contrato de matrimonio dice que si el supérstite de los esposos sin hijos no se vuelve á casar, lo que dejará en muebles y efectos re repartirá por mitad entre los herederos de los futuros cónyuges. Esta cláusula contiene una iustitución de herederos por contrato; luego una partición prohibida por la ley en sus arts. 1,130 y 1,389. El Código no permite la institución contractual sino en provecho de los esposos y de sus hijos por nacer; cualquiera otra institución cae bajo la prohibición de los pactos sucesorios y es, por consiguiente, nula. (1)

1 Merlin, *Repertorio*, en la palabra *Affférissement*.
2 Bruselas, 16 de Marzo de 1824 (*Pasicrisia*, 1824, pág. 68; Dalloz, número 137).

Un contrato de matrimonio contiene la cláusula siguiente: «Los esposos declaran hacerse mútua donación á favor del supérstite, de todos sus bienes, para que éste disponga de ellos como suyos, á partir del día de la muerte del primer difunto, pero bajo la condición de que todo lo que dejará el supérstite será á su muerte dividido entre los herederos del primer difunto y los del segundo.» Esta es la misma cláusula que la Corte de Bruselas anuló. La Corte de Rennes la anuló igualmente, primero porque contiene disposiciones acerca de la sucesión futura, y además porque contiene disposiciones de parte de la sucesión dejada por otro de los cónyuges; en fin, porque la cláusula implica una abdicación por parte de cada esposo del derecho de testar, cuando menos por la mitad de todos los bienes que componen la sucesión. La Sala de las requisiciones admitió el recurso de casación dirigido contra la sentencia; pero la Sala Civil pronunció una sentencia de denegada. Nos parece que la cuestión se decide por el texto del Código; basta leer los artículos 1,130 y 1,389 para convencerse de ello. El recurso tenía además otro objeto del que hemos de decir algunas palabras. La Corte de Rennes había aplicado á la donación hecha bajo una condición ilícita, el principio del art. 900, según los términos del cual la condición está reputada no escrita y la donación válida; mientras que el recurso pretendía que se trataba de una convención á la que se debía aplicar el artículo 1,172, lo que arrastraba la nulidad de la donación. Fué sentenciado con razón que el art. 900 concebido en términos generales, debe ser aplicado á todas las donaciones, aun á las hechas por contrato de matrimonio. Se dirá en vano que estas donaciones, hechas á título recíproco y como

1 Bruselas, 28 de Mayo de 1849 (*Pasicrisia*, 1854, 2, 131).

condición del matrimonio, se vuelven convenciones matrimoniales: esto es jugar con las palabras Sin duda son convenciones matrimoniales, pero cuando estas convenciones encierran una donación, quedan sometidas á los principios generales que rigen á las *donaciones*. (1)

133. Las palabras *convenciones matrimoniales*, y el favor de que gozan, ilusionan algunas veces á los intérpretes: se inclinan á validar con este título todas las convenciones que se encuentran en los contratos de matrimonio. En un contrato que estipula la comunidad de gananciales, se dice que éstas pertenecerán en propiedad á los hijos por nacer, con reserva del usufructo en provecho del esposo supérstite. Esta cláusula usada antaño en el resorte del Parlamento de Burdeos, ¿será aún permitida por el Código Civil? La Corte de Burdeos la declaró ilícita por dos sentencias, mientras que la mayor parte de los autores la consideran válida. (2) La cuestión se reduce á simples términos: la atribución de gananciales que hace el contrato á los hijos por nacer, es una liberalidad; luego una institución de herederos para ciertos bienes en provecho de los hijos por nacer; y la institución contractual no puede hacerse directamente en provecho de los hijos, debe dirigirse, ante todo, á los esposos (t. XV, núm. 201); y desde que la institución está hecha fuera de las condiciones legales, es nula como pacto sucesorio. Troplong objeta que deben apartarse los artículos sacados del título *De las Donaciones*, para atenerse al art. 1,389 que da al contrato de matrimonio la mayor latitud siempre que no perturbe el orden de las sucesiones. (3) Esto es olvidar que el art. 1,389 mantiene y consagra la prohibición de los pactos sucesorios, y que solo permite las donaciones hechas

1 Denegada, Sala Civil, 10 de Marzo de 1849, (Dalloz 1869, 1, 336).
2 Burdeos, 18 de Agosto de 1864 y 23 de Agosto de 1865 (Dalloz, 1866, 2, 217). En el mismo sentido, Aubry y Rau y los autores que citan, t. V, 271, nota 16, pfo. 504.
3 Troplong, t. II, pág. 97, núms. 1,858-1,860. En el mismo sentido, Rodière y Pont, t. II, núms. 1,226 y 1,227.

por contrato de matrimonio conforme á la ley; es decir, conforme á las reglas del título *De las Donaciones*. Así, los principios generales establecidos por este título que se quiere apartar en virtud del art. 1,389, están terminantemente mantenidos por este título. No entrarémos en los pormenores de la controversia porque solo tienen un interés local para una provincia de la Francia antigua.

§ V.—De las clausulas prohibidas.

Núm. 1. Cuáles son estas cláusulas.

134. El art. 1,388 dice en su terminación: "Los esposos no pueden derogar á las disposiciones prohibitivas del presente Código." Esta redacción es muy vaga, se ha criticado en el consejo de Estado. "Mejor sería, dijo Berenger, enunciar con todos sus pormenores las cláusulas relativas á los bienes que está prohibido estipular; se señalaría así mucho mejor cada una de estas prohibiciones según conviniera hacerlo. Si nó, sucederá que se podrá prevalecerse de algunas expresiones que parecen ser prohibitivas, para inducir la nulidad de la cláusula, aunque el legislador no haya querido establecer su prohibición." Bigot de Préameneu apoyó estas observaciones diciendo que expresiones negativas no constituyen por sí solas una prohibición. Razón más para citar los artículos prohibitivos. Pero la enunciación que Berenger demandaba, presentaba otro inconveniente, es que se podían omitir disposiciones realmente prohibitivas que hubieran quedado sin sanción. Esta observación de Tronchet motivó la admisión de la disposición. (1)

La discusión nos ministra un principio de interpretación, es que no debe apegarse á los términos de la ley; la disposición aunque no esté concebida en la forma prohibitiva, pue-

1 Sesión del consejo de Estado del 6 vendimiario, año XII, núm. 8 (Locré, t. VI, págs. 344 y siguientes).

de contener una prohibición; la naturaleza y el objeto de la disposición, es lo que debe considerarse. Así, el art. 1,483 dice que la mujer no está obligada por las deudas de la comunidad sino hasta el monto de su emolumento: ¿podrán los esposos estipular que quedará la mujer obligada *ultravires?* El art. 1,483 no está concebido en términos prohibitivos, no obstante, debe decirse que la disposición contraria sería nula. En efecto, el beneficio de emolumento es de la esencia de la comunidad, está concedido á la mujer por razón de su subordinación en este régimen; luego como consecuencia del poder marital; es decir, que procede indirectamente del orden público si el orden público quiere que la mujer tenga las garantías contra la exclusión de que sufre, es porque este mismo orden público prescribe que la mujer esté excluida de la administración de la comunidad; deben, pues, considerarse estas garantías como participantes del orden público. El Código lo dice terminantemente del derecho de renuncia á la comunidad: Toda convención por la que la mujer esté privada de la facultad de aceptar ó repudiar es nula (art. 1,453). Debe suceder lo mismo y por idéntica razón, con las demás garantías que pertenecen á la mujer contra los abusos de la administración exclusiva que la ley da á su marido. Si, pues, la mujer renunciaba á la facultad de pedir la separación de bienes, esta renuncia sería nula. La mujer tampoco podría renunciar los privilegios que la ley le concede para el ejercicio de sus devoluciones (artículos 1,471 y 1,472).

135. El art. 1,096 dice que todas las donaciones hechas entre los esposos durante el matrimonio, son siempre revocables. Esta disposición no es prohibitiva en los términos, pero lo es por razón de los motivos que han hecho establecer la revocabilidad de las donaciones entre esposos. La ley temió que el donante no fuese libre, y esta falta de libertad se liga á las relaciones de derecho y de hecho que el matrimonio establece entre los cónyuges; de ahí una influencia inevitable que mengua la libertad cuando no la destruye. Hay, pues, una consideración de orden público en la disposición del art. 1,096; lo que es decisivo.

El art. 1,096 ha dado lugar á otra dificultad. Se pregunta si los esposos pueden renunciar al derecho de hacerse liberalidades durante el matrimonio. En el antiguo derecho, la cuestión era controvertida: es inútil entrar en estos debates, habiendo cambiado los principios. Salvo algunas excepciones, está prohibido á los esposos el aventajarse; la cláusula por la que renuncian al derecho de hacerse liberalidades era, pues, un retorno al derecho común. El Código, al contrario, autoriza las donaciones durante el matrimonio declarándolas revocables. Desde luego, no hay ya razón para validar renuncias, y hay razones decisivas para nulificarlas. El esposo que renuncia al derecho de dar á su cónyuge y de recibir de el, hace indirectamente una liberalidad á los que recogieran los bienes que hubiese podido dar ó recibir; esto es, pues, una institución contractual en provecho de los herederos de las partes contratantes; y la ley autoriza, es verdad, las instituciones que los terceros hicieran á los cónyuges, ó que un cónyuge hace al otro, pero no autoriza á los esposos para hacer instituciones en provecho de sus herederos. Esto es decisivo. La doctrina y la jurisprudencia están en este sentido. (1) Un solo autor, Taulier, ha ensayado reproducir la doctrina que estaba admitida en el antiguo derecho, pero su opinión ha quedado aislada. (2)

136. El Código contiene terminantes disposiciones prohibitivas. Según los términos del art. 1,399, la comunidad

1 Taullier, t. VI, 2, pág. 19, núm. 18. Denegada, 31 de Julio de 1809 y 15 de Julio de 1812. Casación, 22 de Diciembre de 1818 (Dalloz, en la palabra *Disposiciones*, núm. 2,380 1.°, 4.° y 2.°)

2 Taulier, t. V, pág. 20, combatido por Marcadé, t. V, pág. 416, núm. 9 del artículo 1,388.

comienza el día del matrimonio; no se puede estipular que comenzará en otra época.

En caso de separación de bienes, los esposos pueden volver á establecer su primitiva comunidad; toda convención que la restableciera bajo condiciones diferentes, seria nula (art. 1,451).

Es inútil continuar esta enumeración. Explicarémos las diversas disposiciones á medida que se presenten. Solo hay una que, siendo general, debe encontrar su lugar en las disposiciones generales, es el art. 1,390.

§ VI.—De la prohibicion establecida por el articulo 1,390.

137. El art. 1,390, dice así: «Los esposos no pueden ya estipular de un modo general que su asociación será regida por una de las costumbres, leyes ó estatutos locales que regían anteriormente á las varias partes del territorio francés y que han sido abrogadas por el presente Código.» Berlier explica la razón de esta disposición en la Exposición de los motivos: «La estipulación que el art. 1,390 prohíbe parece, á primera vista, no encerrar nada contrario al orden social; tenía, sin embargo, el inconveniente mayor de perpetuar como ley del Estado este enjambre de usos varios que se extendían por el territorio francés. El objeto del Código Civil no estaría alcanzado si pudiera suceder así.» (1) En efecto, el objeto de la codificación ha sido precisamente poner término á la infinita variedad de derecho que hacía de la antigua jurisprudencia una fuente inagotable de controversias y de procesos. Si hubiera sido permitido á las partes referirse á una de los costumbres que gobernaban á la Francia, así como á Bélgica, el imperio de la costumbre hubiera inclinado á los esposos, y más aún, á los notarios á referirse regular-

1 Berlier, *Exposición de los motivos*, núm. 5 (Locré, t. VI, pág. 389).

mente á los usos añejos, los que se hubieran perpetuado bajo el imperio del Código que se hizo para abolirlos.

138. El art. 1,390 dice que no se puede estipular de un modo *general* que la asociación conyugal será regida por una antigua costumbre. Se concluye de esto que se podrá referirse á un artículo de una costumbre acerca de un punto particular. La Exposición de los motivos parece favorecer esta interpretación. (1) «Nuestro proyecto, dice Berlier, prohíbe semejantes referencias sin, no obstante, atacar la facultad que pertenece á los esposos de estipular *especialmente*, y en los límites arriba indicados, todo lo que les conviniere.» Sin embargo, debe decidirse, y sin ninguna duda, que los esposos no pueden referirse á un artículo de una costumbre, más que á la costumbre entera. ¿Cuál es el objeto de la prohibición? El de impedir que los usos antiguos se perpetúen. ¿Puede pensarse que el legislador prohíba mantener un título ó un capítulo de una costumbre, y que permita mantener los artículos de la sección que trata de las convenciones matrimoniales? Pues si puedo referirme á un artículo acerca de tal punto, podré también referirme á otros artículos acerca de tales otros puntos; lo que conduciría al absurdo. Y aunque solo citase un artículo, el legislador no quiere que se perpetúe un artículo solo más que toda una sección. En cuanto á las palabras *generalmente* y *especialmente* que se hallan en el texto y en la Exposición de los motivos, no significan lo que se les hace decir: la ley entiende por ellas que no se puede hacer un contrato de matrimonio bajo forma de referencia, ya sea á una costumbre, ya á uno de sus artículos. Pero nada impide á los esposos tomar convenciones de una costumbre antigua, transcribiéndolas en el acta de modo que no sean ya artículos de una ley, sino cláusulas de un contrato. (2) La Corte

1 Toullier, t. VI, 2, pág. 8 núm. 7, nota.
2 Esta es la opinión de la mayor parte de los autores. Véanse las citaciones

de Poitiers lo decidió así en un caso en el que había una leve duda; el contrato estipulaba en provecho de la mujer un tanto en los bienes del marido, conforme á la antigua costumbre de Poitou. Se decía que esta cláusula no violaba el art. 1,390, puesto que el Código Civil no contiene ninguna disposición acerca del tanto. Esto era raciocinar muy mal. El Código abrogó las antiguas costumbres en todas las materias que en ellas se tratan. Y se trata de las ventajas que los esposos pueden hacerse durante el matrimonio; luego las costumbres concernientes al tanto están abrogadas, y el artículo 1,390 prohíbe resucitarlas bajo la forma de referencias. (1)

139. La jurisprudencia demuestra una gran severidad en la aplicación del art 1,390. Se dice en un contrato de matrimonio que el futuro esposo promete á su futura un *aumento* de 8,500 libras, en caso de supervivencia, así como los *anillos y joyas*, sobre el monto de las constituciones que se le hacen. Los términos de *aumentos* y de *anillos y joyas* recuerdan instituciones del antiguo derecho; ¿debe concluirse de esto que la cláusula es nula? La Corte de Grenoble la anuló por el motivo de que para dar ejecución á la voluntad de las partes, había que ocurrir á leyes abolidas. Esto no es exacto. Las partes habían declarado sus voluntades en términos antaño usados; se trataba, pues, únicamente de interpretar términos técnicos; el Diccionario de Ferrière ó el Repertorio de Merlin, bastaban para esto, sin que se necesitase ocurrir á leyes abolidas. Los esposos no habían citado los timbres ni artículos de costumbre, habían tomadó de la tradición una ganancial de supervivencia y la habían escrito en su convenio; era, pues, el contrato el que debía interpretarse y no la costumbre. En el recurso, intervino una

en Aubry y Rau, pág. 273 y nota 20. Hay que agregar Colmet de Santerre, t. VI, pág. 6, núm. 7 *bis* I. y Marcadé, t. V, pág. 418, núm. 1 del art. 1,390.

1 Poitiers, 16 de Marzo de 1826 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm, 154).

sentencia de denegada de la Sala Civil después de deliberación en la Sala del Consejo. (1) La Corte de Casación se atuvo á la interpretación que la sentencia atacada daba á la cláusula litigiosa. Nos vemos en la necesidad de agregar que la Suprema Corte, en la redaccion de la sentencia, fué aun más inexacta que la Corte de Apelación; se habla de una cláusula permitida por el derecho antiguo y prohibida por el art 1,390, mientras que este artículo no prohíbe ninguna cláusula, prohíbe únicamente referirse al derecho antiguo. (2)

140. No solo pueden los esposos tomar de una costumbre tales disposiciones que quieran adoptar, pueden, además, transcribirlas textualmente en sus actas. Esto fué dicho en el consejo de Estado. Cambacérès atacaba la disposición del art. 1,390 como contraria á la libertad de las partes contratantes; Berlier contestó que no se atacaba la libertad de los esposos en cuanto á la *materia*, que solo se restringía en cuanto á la *forma*. Los esposos quedaban libres para estipular pormenorizadamente todas las condiciones de su unión. Treilhard agregó que los esposos podían poner en su contrato de matrimonio las disposiciones de la costumbre que querían tomar como regla, siempre que no las citasen. (3) Se dirá que así interpretado el art. 1,390, se hace decisorio y casi pueril; las partes no citarán la costumbre, pero la transcribirán; ¿no será siempre la costumbre la que seguirán los esposos y la que los jueces aplicarán? Nó, y la diferencia es capital. Si fuera permitido á las partes atenerse á una costumbre, ésta se haría ley del contrato, y el juez se vería obligado á consultar el derecho antiguo para interpretar las convenciones matrimoniales; por consiguiente, el más importante de los contratos sería regido por la antigua juris-

1 Denegada, 28 de Agosto de 1833 (Dalloz, *ibid.*, núm. 156).
2 Odier, t. II, pág. 43, núm. 640. Troplong, t. I, pág. 98, núm. 140.
3 Sesión del consejo de Estado del 6 vendimiario, año XII, núm. 7 (Loc t. VI, págs. 342 y siguientes).

prudencia que el Código quiso abolir. Contrariamente, si los esposos están obligados á transcribir la disposición del derecho antiguo, se lo apropian, ya no es un artículo de la ley, es una cláusula del contrato; el juez no ocurrirá ya á una legislación abrogada, interpretará el contrato, como lo hace para todas las convenciones matrimoniales; las costumbres están y permanecen abolidas. (1)

141. Se pregunta si los esposos pueden estipular que su asociación será regida por una ley extranjera. Sí, y sin duda alguna. El texto no prevee esta hipótesis; luego la cláusula no está prohibida, y todo lo que no está prohibido permanece en el dominio de la libertad; además, el motivo que ha hecho establecer la prohibición del art. 1,390 nada tiene de común con las legislaciones extranjeras. (2)

ARTICULO 4.—De la nulidad de las convenciones matrimoniales.

142. Aplicamos al contrato de matrimonio la distinción de las actas inexistentes y de las actas nulas ó nulificables. Las formalidades son de la substancia del acta, puesto que las convenciones matrimoniales son un contrato solemne. Luego el contrato de matrimonio nulo en la forma, es inexistente; se aplican, por consiguiente, los principios que rigen á las actas inexistentes. Algunas dificultades se presentan acerca del punto de saber cuáles disposiciones se ligan á la solemnidad del acta y deben ser observadas para que el acta tenga una existencia legal. Las hemos examinado (números 44 y siguientes).

143. Cuando el contrato de matrimonio está consentido por un incapaz, es nulo. Transladamos á lo que fué dicho más atrás (núms. 30 y siguientes). Cuando el contrato

1 Troplong, t. I, pág. 97, núm. 137. Duranton, t. XIV, pág. 26, núm. 31. Aubry y Rau, t. V, pág. 273, nota 22, pfo. 504.
2 Aubry y Rau, t. V, pág. 273 y nota 23. Colmet de Santerre, t. VI. página 7, núm. 7 *bis* II.

contiene una cláusula prohibida, la cláusula es nula con todas las disposiciones, si de ella dependen; pero las disposiciones independientes de esta cláusula quedan válidas. Puede suceder que la violación de una disposición prohibitiva nulifique todo el contrato. Si las partes se hubiesen referido á una costumbre antigua para el régimen bajo el cual pretenden casarse, todo el contrato será nulo. Pero si solo se hubiesen referido á una costumbre acerca de un punto particular, tal como el tanto de la mujer, esta disposición sola sería nula y no arrastraría la nulidad del contrato. (1) Debe, sin embargo, hacerse una excepción para el caso en que la disposición prohibitiva debiera ser considerada como la condición sin la que los esposos no hubieran contraído.

144. Cuando el contrato de matrimonio es nulo ó inexistente, los esposos están casados sin contrato y, por consiguiente, están como habiendo optado por el régimen de la comunidad legal (núm. 36). No hay diferencia á este respecto, entre el contrato nulo y el contrato inexistente, pues el contrato anulado está considerado como no habiendo existido nunca, solo que la nulidad puede cubrirse con una confirmación, mientras que el contrato inexistente nunca puede ser confirmado. La confirmación da lugar á numerosas dificultades; las hemos examinado en los diversos casos en que se presentan.

¿Cuál será el efecto de las liberalidades que contiene el contrato de matrimonio cuando es nulo ó inexistente? Transladamos á lo que hemos dicho más atrás (núms. 55 y 56). No hay para qué distinguir entre el contrato nulo y el que no tiene existencia legal; bajo este concepto, los principios que los rigen son idénticos.

145. Por otros conceptos, la diferencia es grande entre el contrato de matrimonio nulo y aquel que no tiene existen-

1 Duranton, t. XIV, pág. 26, núm. 33. Aubry y Rau, t. V, pág. 274 y nota 24, pfo. 504.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

prudencia que el Código quiso abolir. Contrariamente, si los esposos están obligados á transcribir la disposición del derecho antiguo, se lo apropian, ya no es un artículo de la ley, es una cláusula del contrato; el juez no ocurrirá ya á una legislación abrogada, interpretará el contrato, como lo hace para todas las convenciones matrimoniales; las costumbres están y permanecen abolidas. (1)

141. Se pregunta si los esposos pueden estipular que su asociación será regida por una ley extranjera. Sí, y sin duda alguna. El texto no prevee esta hipótesis; luego la cláusula no está prohibida, y todo lo que no está prohibido permanece en el dominio de la libertad; además, el motivo que ha hecho establecer la prohibición del art. 1,390 nada tiene de común con las legislaciones extranjeras. (2)

ARTICULO 4.—De la nulidad de las convenciones matrimoniales.

142. Aplicamos al contrato de matrimonio la distinción de las actas inexistentes y de las actas nulas ó nulificables. Las formalidades son de la substancia del acta, puesto que las convenciones matrimoniales son un contrato solemne. Luego el contrato de matrimonio nulo en la forma, es inexistente; se aplican, por consiguiente, los principios que rigen á las actas inexistentes. Algunas dificultades se presentan acerca del punto de saber cuáles disposiciones se ligan á la solemnidad del acta y deben ser observadas para que el acta tenga una existencia legal. Las hemos examinado (números 44 y siguientes).

143. Cuando el contrato de matrimonio está consentido por un incapaz, es nulo. Transladamos á lo que fué dicho más atrás (núms. 30 y siguientes). Cuando el contrato

1 Troplong, t. I, pág. 97, núm. 137. Duranton, t. XIV, pág. 26, núm. 31. Aubry y Rau, t. V, pág. 273, nota 22, pfo. 504.
2 Aubry y Rau, t. V, pág. 273 y nota 23. Colmet de Santerre, t. VI. página 7, núm. 7 *bis* II.

contiene una cláusula prohibida, la cláusula es nula con todas las disposiciones, si de ella dependen; pero las disposiciones independientes de esta cláusula quedan válidas. Puede suceder que la violación de una disposición prohibitiva nulifique todo el contrato. Si las partes se hubiesen referido á una costumbre antigua para el régimen bajo el cual pretenden casarse, todo el contrato será nulo. Pero si solo se hubiesen referido á una costumbre acerca de un punto particular, tal como el tanto de la mujer, esta disposición sola sería nula y no arrastraría la nulidad del contrato. (1) Debe, sin embargo, hacerse una excepción para el caso en que la disposición prohibitiva debiera ser considerada como la condición sin la que los esposos no hubieran contraído.

144. Cuando el contrato de matrimonio es nulo ó inexistente, los esposos están casados sin contrato y, por consiguiente, están como habiendo optado por el régimen de la comunidad legal (núm. 36). No hay diferencia á este respecto, entre el contrato nulo y el contrato inexistente, pues el contrato anulado está considerado como no habiendo existido nunca, solo que la nulidad puede cubrirse con una confirmación, mientras que el contrato inexistente nunca puede ser confirmado. La confirmación da lugar á numerosas dificultades; las hemos examinado en los diversos casos en que se presentan.

¿Cuál será el efecto de las liberalidades que contiene el contrato de matrimonio cuando es nulo ó inexistente? Transladamos á lo que hemos dicho más atrás (núms. 55 y 56). No hay para qué distinguir entre el contrato nulo y el que no tiene existencia legal; bajo este concepto, los principios que los rigen son idénticos.

145. Por otros conceptos, la diferencia es grande entre el contrato de matrimonio nulo y aquel que no tiene existen-

1 Duranton, t. XIV, pág. 26, núm. 33. Aubry y Rau, t. V, pág. 274 y nota 24, pfo. 504.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

cia legal. El acta nula da lugar á una acción de nulidad que puede ser promovida en los diez años según el derecho común. Esta prescripción especial es, en realidad, una confirmación tácita; debe, pues, decidirse que no ha lugar á la prescripción durante el matrimonio, puesto que en ese tiempo las convenciones no pueden ser confirmadas; la prescripción solo comienza después de la disolución del matrimonio. (1) Hemos examinado las dificultades que se presentan en esta materia (núm. 83). Los contratos inexistentes no dan lugar á una acción de nulidad ni, por consiguiente, á una prescripción cualquiera (t. XV, núm. 46).

SECCION III.—De los régimenes matrimoniales.

146. Hay dos régimenes enteramente distintos: el régimen de la comunidad y el régimen dotal. El primero establece una sociedad de bienes entre los esposos, sociedad de que es jefe el marido. El segundo establece la separación de bienes, la mujer queda propietaria de sus bienes dotales, el marido tiene solo la administración y el gozo; hay bienes de que la mujer se reserva la administración y el gozo, son los parafernales. Esta es una diferencia muy importante entre el régimen de la comunidad y el régimen dotal; la mujer común tiene propios que no entran en la comunidad, pero es el marido quien los administra y goza. Bajo el régimen dotal solo el marido aprovecha de los frutos, de las economías, de los gananciales; en la disolución del régimen, la mujer no vuelve á tomar su dote, pero este reembolso le está asegurado por el principio de la inenajenabilidad de los bienes dotales. Bajo el régimen de la comunidad, los frutos que percibe el marido, las economías y las adquisiciones que hacen los esposos, entran en el activo de la asociación conyugal; la mujer saca sus propios, pero como tiene la facultad de enajenarlos, nada le garantiza sus reembolsos.

1 Denegada, Sala Civil, 26 de Abril de 1869 (Dalloz, 1869, 1, 246).

Estos dos régimenes dividían á la antigua Francia: la comunidad formaba el derecho común en los países de derecho escrito. Duveyrier, el relator del Tribunado, observa que el derecho diferente que regía á los esposos era el sello característico que distinguía al Norte y al Mediodía de la Francia antigua. La vida común y las leyes comunes habían borrado, bajo muchos aspectos, la distinción de los países de derecho escrito y de los países de costumbres; pero dos caracteres permanentes en la naturaleza de los bienes y en las convenciones del matrimonio, habían continuado á distinguir el derecho de los habitantes del Norte y el derecho de los del Mediodía. Ambos pueblos, dice Duveyrier, habían conservado igual apego, casi diría igual superstición, el uno sus propios y su comunidad, y el otro su dote y sus bienes parafernales. (1)

147. El régimen dotal procede de Roma; la civilización romana había creado profundas raíces en el Mediodía de las Galias; Romanos por la lengua y las costumbres, los galos del Mediodía conservaron también el derecho de Roma. No pasó así con los del Norte, la civilización romana solo existía en la superficie; la invasión germánica destruyó este culto algo facticio. La Galia del Norte se hizo bárbara, la Galia del Mediodía permaneció romana. De ahí la distinción de los países de costumbres y de derecho escrito. Esto explica cómo se perpetuó el régimen dotal en las provincias del Mediodía, mientras se perdió en las provincias del Norte, pero esto no explica aún los orígenes de la comunidad.

Esta cuestion es muy obscura y es bastante odiosa bajo el punto de vista del derecho práctico. Importa mucho saber si una institución es romana ó de costumbres; si procede de Roma, el derecho escrito es el que servirá para la interpretación; si procede de las costumbres, es la tradición la que

1 Duveyrier, *Informe*, núm. 1 (Locré, t. VI, pág. 405).

deberá consultarse. Acerca de este punto no hay ninguna duda; el régimen dotal es romano, la comunidad es de costumbres. ¿Pero bajo qué influencias se desarrolló la comunidad en los países de costumbres? ¿Es germana, gala ó céltica? La historia no responde á la cuestión. Como las costumbres son germanas se inclinaba á creer que la comunidad tiene el mismo orígen, pues la comunidad es uno de los rasgos más característicos de las instituciones de costumbres. Todas las influencias con las que se relaciona la comunidad no explican suficientemente este hecho, que la comunidad solo existió en las provincias del Norte y que nunca penetró en los países del Mediodía. Se invoca la feudalidad, se invoca el espíritu de asociación que reinaba en la edad media; pero la feudalidad dominaba en la Galia tanto en el Mediodío como en el Norte, y la asociación era un hecho universal; ¿cómo se hace cuando las mismas causas no produjeron en todas partes los mismos efectos? Se dirá que el elemento romano, tan potente y tenaz en el Mediodía, era un obstáculo. Sea; esto es confesar que las razas han ejercido una acción decisiva en la formación del derecho. Y, ¿cuál es el elemento que dominaba en el Norte de las Galias? Era, de seguro, el elemento germánico. ¿Se dirá que era más bien el elemento galo ó céltico? Acerca de este punto es difícil afirmar ó negar lo que sea, pues no conocemos nada ó casi nada del antiguo derecho galo. En definitiva, solo quedan probabilidades. El derecho es la más grande y necesaria de las faces de la vida; es, pues, probable que la comunidad, que desempeña un papel tan grande en la vida real, se ha formado bajo la influencia de las dos razas que se mezclaron en el norte de las Galias, la raza gala y la germánica. (1)

En este sentido puede decirse con Montesquieu, (2) que

1 Véanse, en sentido diverso, los autores citados por Aubry y Rau, t. V, pág. 214, nota 3, pfo. 497.
2 *Espíritu de las leyes*, t. VII, pág. 15.

la comunidad es francesa. Es seguro que la comunidad existe en los más antiguos monumentos de nuestro derecho. Se lee en Beaumanoir (XXI, 2): «Se sabe que por el matrimonio se hace una sociedad, pues luego que éste se efectúa, los bienes de uno y otro son comunes en virtud del matrimonio. Pero es de notarse que mientras viven, el hombre es el *gerente*.» Esta frase es notable; se encuentran en ella los rasgos esenciales del régimen de la comunidad, la sociedad de bienes con el predominio del marido, y el fundamento de la comunidad ligado con el matrimonio; cualesquiera que hayan sido nuestros antepasados, les pareció que la unión de las personas debe tener por consecuencia la unión de los intereses. Esta es toda la teoría de la comunidad. (1) Mucho antes de la redacción de las costumbres, la comunidad existía tal cual la mantuvo el Código Civil. Las costumbres notorias del Châtelet, dicen: «Los bienes, deudas y créditos de hombre y de mujer unidos en matrimonio, son comunes entre ellos durante su matrimonio, aunque el marido tenga el gobierno y autoridad.» En otro lugar se dice que el marido puede ordenar en los bienes muebles según su voluntad y que es el verdadero *señor* de los gananciales. (2)

148. Se puede, pues, decir que la comunidad es el derecho nacional de la Francia. Este hecho ejerció una gran influencia en las discusiones, cuando hubo de decidirse cuál de ambos régimenes que se usaban en la Francia antigua, formaba el derecho común bajo el imperio de la nueva legislación. Los partidarios del régimen dotal se prevalecían del culto que los jurisconsultos profesaban al derecho romano. Se les contestaba: Somos franceses y no romanos. El pueblo francés tiene también su orígen antiguo, sus instituciones y sus leyes, cuya influencia inalterable, al través

1 Véanse otros testimonios de nuestras antiguas costumbres en Troplong, *Prefacio*, pág. 39.
2 Laferrière, *Historia del derecho francés*, t. VI, pág. 364.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

de los siglos y revueltas políticas, se encuentra aún en sus costumbres y en su carácter. Los defensores de la comunidad hacían bien en decir que debía darse la preferencia á un régimen, que es la expresión de las costumbres nacionales y no á una legislación que, suponiéndola perfecta, no corresponde á nuestros sentimientos y á nuestras necesidades. (1)

El proyecto de Código Civil presentado por la comisión á quien el primer cónsul había encargado la redacción de un Código, hacía de la comunidad el régimen del derecho común, desarrollaba ampliamente sus reglas, mientras nada decía del régimen dotal. Se permitía, es verdad, á los esposos estipular este régimen, puesto que podían hacer libremente sus convenciones matrimoniales, pero era necesario que empleasen en el acta todas las reglas que concernían al régimen dotal: no podían referirse al régimen de derecho, el Código lo prohibía; no podían referirse al derecho común, puesto que el Código nada decía. Los habitantes del Mediodía creyeron que los autores del Código Civil querían proscribir al régimen dotal que tanto querían. De ahí las quejas vivas y apasionadas. Las cortes del Mediodía, ligadas al derecho romano como á un derecho nacional, gritaron mucho, como si se tratase de una nueva invasión de los bárbaros. Escúchese á la Corte de Montpellier: «Esto es una manzana de discordia lo que el Norte de Francia quiere lanzar al Mediodía, fruto que la barbarie de los Francos había cosechado sin duda en los bosques de la Germania y trajo á las Galias, en medio del tumulto de la victoria y la licencia de los campamentos.» (2) La pasión no raciocina, se desborda. Existía, sin embargo, algo legítimo en las quejas del Mediodía. Una larga tradición había nacionalizado el derecho romano en las provincias meridionales: ¿por qué no habían de respetarse los usos consagrados por el tiempo? Pasquier lo hizo notar: «Interróguese á los que están sometidos al derecho escrito, ellos dirán que la separación de bienes es, sin comparación, mejor que la comunidad, tanto así influye en nosotros una tiranía impuesta por un uso largo y antiguo. Las costumbres, cuando se han identificado con la vida de los pueblos, merecen que no se les respete. No entraba en la mente de los autores del Código prohibir el régimen dotal, pero impedían que se adoptase, aboliendo el el derecho antiguo y no formulando los principios del régimen dotal en la nueva legislación. Para satisfacer las reclamaciones de las cortes del Mediodía, se consagró un capítulo al régimen dotal. De ahí la disposición del art. 1,391, que dice así: «Los esposos pueden, sin embargo, declarar de un modo general, que pretenden casarse bajo el régimen de la comunidad ó bajo el régimen dotal. En el primer caso y bajo el régimen de la comunidad, los derechos de los esposos y de sus herederos serán regidos por las disposiciones del capítulo II del presente título. En el segundo caso, y bajo el régimen dotal, sus derechos serán regidos por el capítulo III.» Ambos régimenes se colocaban en una misma línea, á este respecto. Pero quedaba una diferencia capital; á falta de contrato, los esposos se encontraban casados bajo el régimen de la comunidad legal; este régimen forma, pues, como lo dice el art. 1,393, el derecho común francés.

149. ¿Merece la comunidad esta preferencia? ¡Cosa singular! Los hombres del Mediodía reprochaban á la comunidad su origen bárbaro, sin sospechar que la barbárie germánica acerca de este punto como por otros muchos, era muy superior á la civilización romana. Pothier tiene razón en decir que la comunidad está fundada en la misma naturaleza del matrimonio; cita la definición que los institutos dan á la unión conyugal: *Viri et mulieris conjunctio individuam,*

1 Duveyrier, Informe al Tribunado, núm. 6 (Locré, t. VI, pág. 410).
2 Fenet, *Trabajos preparatorios del Código Civil*, t. IV, pág. 500. Compárese el *Informe* de Duveyrier al Tribunado, núms. 6 y 7 (Locré, t. VI, págs. 411 y 412).

vitæ consuetudinem continens. Esta convención del hombre y de la mujer, que el matrimonio encierra, de vivir en comunidad durante toda su vida, deja presumir la de poner en común sus muebles, sus productos, los frutos y economías de su mútua colaboración. (1) En nuestro concepto, es llevar la cosa demasiado lejos el sostener que la comunidad, tal cual está organizada por las costumbres, era una consecuencia lógica de la unión de las personas; pero es seguro que la vida común implica un trabajo común, una colaboración común, y, por lo tanto, una cierta sociedad de bienes. Importa, aun para la unión de las personas, que sus intereses sean comunes; la liga de intereses fortifica la liga de las almas. Cuando se separa de intereses á los esposos, se arriesga relajar la vida común. Esto es lo que hace el régimen dotal, ley contra la naturaleza, dice Berlier, procede de que entre los romanos se daba al marido un poder despótico sobre la mujer; esta autoridad, continúa el orador del Gobierno, no está por fortuna en nuestras costumbres; entre nosotros los esposos solo son asociados. (2)

La asociación conyugal tiene también un lado económico del que debe hacer mucho caso el legislador, pues para vivir se necesitan bienes, para educar á los hijos y para dejarles la comodidad ó la fortuna á la que la vida de sus padres les acostumbró. Además, favorecer la riqueza individual, es acrescentar la riqueza pública, y este es uno de los elementos del poder y de la civilización. Debe, pues, considerarse cuál de ambos régimenes es más favorable al desarrollo de la prosperidad de las familias. Uno de nuestros antiguos autores contesta á la cuestión. «Nuestros antepasados, dice Coquille, han impuesto por costumbre entre la gente casada, la comunidad de muebles y adquisiciones, y

1 Pothier, *Tratado de la comunidad*, núm. 2 Compárese Berlier, en el consejo de Estado del 6 vendimiario, año XII, núm. 2 (Locré, t. VI, pág. 388).
2 Berlier, en el consejo de Estado, sesión del 6 vendimiario, año XII, número 3 (Locré, t. VI, pág. 311).

es verosímil que esto ha sido para hacer que las mujeres cuidasen más la conservación de los bienes de la casa, cuando saben que tienen parte en ellos y también provecho.» (1) El régimen dotal al contrario, hace á la mujer indiferente á los negocios del marido y á la dirección de la casa; si de hecho, contribuye en ello, la ley romana es injusta, puesto que da todos los beneficios al marido. Se contestaba este hecho cuando la discusión del Código Civil: es preciso, se decía, que la mujer no tenga la mitad de los beneficios que pertenecen á la industria del marido. Esto era negar la experiencia universal. Berlier se limita á contestar que un gran número de mujeres contribuyen al bienestar de la casa con su trabajo y su economía tanto, y algunas veces más que los maridos. Puede atrevidamente ir más allá y afirmarse como lo hace el relator del Tribunado, que si el marido gana con su talento ó su industria, la mujer conserva por su cuidado y economía. Las más grandes fortunas se disipan por el desorden, mientras que las virtudes domésticas crean el bienestar y la riqueza: las mujeres son las que hacen las buenas casas, ó las que las arruinan. Importa, pues, interesar á la mujer en la gestión de los intereses materiales, y es de toda justicia que se le conceda una mitad de las utilidades, porque es por ella como se conservan los beneficios y fructifican. (2)

¿Qué se dijo en favor del régimen dotal? Harémos las exageraciones á un lado; nuestra ciencia es de razón y de experiencia. «El régimen dotal, se decía, era la consecuencia y el apoyo del poder marital, el que por sí no es sino una dependencia del poder paterno; forma con el primero el lazo de familia, y coloca en las bases firmes de la subordinación, su armonía y su prosperidad.» (3) Es verdad

1 Guy Coquille, *Cuestión*, núm. 64.
2 Berlier, en el consejo de Estado, sesión del 6 vendimiario, año XII, número 2 (Locré, t. VI, pág. 339). Duveyrier, *Informe*, núm. 6 (Locré, t. VI, pág. 410).
3 Duveyrier, *Informe*, núm. 6 (Locré, t. VI, 410).

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

que el régimen dotal parece darlo todo al marido, puesto que la ficción romana lo consideraba como dueño de la dote, así como era el dueño y casi el propietario de la mujer y de los hijos. Pero por otro lado, la mujer tenía una completa independencia en cuanto á sus parafernales; gozaba de ellos y los administraba libremente, sin necesidad de ninguna autorización, lo que era un grave ataque al poder marital; mientras que bajo el régimen de la comunidad, la mujer queda subordinada al marido que las costumbres llaman el *señor* y dueño de la asociación conyugal y á quien confieren la administración de los propios de la mujer.

Los partidarios del régimen dotal decían también en su favor lo que hemos dicho en favor de la comunidad, es que tiene la ventaja de ser inminentemente favorable á la industria, y, por consiguiente, al crecimiento de las fuerzas sociales; en efecto, el hombre, único propio para el trabajo, lejos de encontrarse paralizado en sus esfuerzos por el temor de una partición en sus utilidades, está continuamente animado á nuevas empresas por la perspectiva asegurada del provecho del que solo tendrá el goce y la disposición. Hemos de antemano contestado á esta extraña apología: si dando al marido todas las ventajas del trabajo, se hace á la mujer indiferente á la prosperidad de la familia, ésta decrecerá en lugar de prosperar; que si, apesar de su exclusión, la mujer toma parte en los trabajos del marido, administrando la casa con orden y economía, el régimen que la excluye de todo beneficio se vuelve una iniquidad notable. (1)

Llegamos al gran argumento que se ha hecho valer en favor del régimen dotal; es el único régimen que da á la mujer garantías reales para la conservación de su patrimonio, declarando los bienes dotales inenajenables. Bajo el régimen de la comunidad, el marido tiene mil medios para obligar

1 Duveyrier, *Informe* (Locré, t. VI, pág. 410). Bigot-Préameneu, en el consejo de Estado, sesión del 6 vendimiario, año XII, núm. 4 (Locré, t. VI, página 342).

á la mujer á enajenar; y si gasta el precio en especulaciones peligrosas, ¿qué es lo que quedará para la mujer y los hijos? La ventaja es real, pero es comprarla demasiado caro el declarar los bienes de todas las mujeres inenajenables y poner así fuera del comercio una mitad del suelo. Bajo el punto de vista económico, el régimen dotal debe ser condenado; nadie contesta ya lo que demuestran los hechos, á saber, que importa á los individuos y á la sociedad, que los bienes circulen libremente. Es verdad que hay mujeres comunes que se quedan arruinadas por la facilidad que tienen para enajenar sus bienes, pero en contra. Hay maridos dotales cuyo interés sufre por la inenajenabilidad de la dote. El crédito que les diera la fortuna de su mujer multiplicaría sus recursos, mientras que la inenajenabilidad marca del sello de esterilidad á los bienes dotales, con gran detrimento de las empresas agrícolas, industriales ó comerciales. Llegamos á la conclusión. El régimen dotal es un régimen de desconfianza; supone que el marido se arruina y arrastrará á la mujer en la ruina común de la familia. ¿Será acaso que todos los hombres se ocupan en malgastar sus bienes? Aquellos que así proceden, son la excepción; si los padres de la futura tienen razones para desconfiar de la gestión del futuro marido, que estipulen el régimen dotal ó que tomen de éste el principio de la inenajenabilidad de la dote, nada mejor. Pero que no se haga regla con la excepción. Excelente como régimen excepcional, el régimen dotal no tiene ya razón de ser si se hace con él el derecho común. La regla es que los hombres trabajen para aumentar su haber; luego la comunidad debe ser la regla. La excepción es que hay hombres que se arruinan, y con ellos á su familia; luego el régimen dotal debe ser la excepción. Este es el sistema del Código.

150. "A falta de estipulaciones especiales que deroguen

al régimen de la comunidad, ó la modifiquen, las reglas establecidas por la primera parte del capítulo II, formaron el derecho común francés» (art. 1,393). Los esposos están libres para adoptar el régimen dotal, pero como éste es una excepción al derecho común, deberá de estipularse de una manera expresa; esto es lo que dice el art. 1,392: «La simple estipulación de que la mujer se constituye ó que se le constituyen bienes en dote, no basta para someter á dichos bienes al régimen dotal, si no hay en el contrato de matrimonio *expresa* declaración á este respecto.» Volverémes á ocuparnos de esta disposición en el capítulo *Del Régimen Dotal*. Por ahora, nos limitarémos á establecer las reglas de interpretación que proceden de la relación que establece la ley entre la comunidad y el régimen dotal; esta es la relación de la regla de la excepción. Desde que no se está en la excepción, se entra en la regla. La Corte de Turin aplica este principio á un caso que la intención de las partes hacía muy dudoso. Por contrato de matrimonio, la futura se constituye un dote de 1,000 francos, al que el futuro esposo agrega un aumento de igual suma; además, le asegura á título de tanto, el gozo de una renta vitalicia; nada dice el acta acerca del régimen que adoptan los esposos. Fué sentenciado que estaban casados bajo el régimen de la comunidad legal. Es más que probable que los esposos que vivían en un país de dotalidad no supieran lo que era la comunidad; en el Piamonte, el régimen dotal formaba el derecho común, y los futuros esposos habían creído estipularlo al hacer sus convenciones en los términos usados. Esto era olvidar que, bajo el imperio del Código Civil, el régimen dotal solo se admite como excepción y bajo la condición de expresa estipulación. Se invoca en vano la intención de las partes contratantes; en los contratos solemnes, y en materia de excepción, sobre todo, no se tiene en cuenta la intención sino cuando está expresada; una intención no expresada no existe; luego los esposos se encontraban casados sin haber hecho convención relativa á su régimen; por lo tanto, estaban casados bajo el régimen de la comunidad. Esto es la consecuencia lógica de los arts. 1,392 y 1,393. (1)

151. Los esposcs pueden, á la vez que casándose bajo el régimen de la comunidad, tomar al régimen dotal el principio de la inenajenabilidad de los bienes dotales de la mujer. La regla coexiste, en este caso, con la excepción. Pero para que la excepción se admita, es necesario que las partes la hayan expresamente estipulado. Esto resulta de la naturaleza de cualquiera excepción, y hay, sobre todo, que decidirlo así para la inenajenabilidad que es contraria al interés general, poniendo á los bienes fuera del comercio (número 128). El interés de los terceros lo exige igualmente; si había de contentarse con la intención tácita de las partes, ó de una cláusula dudosa, los terceros serían engañados; pudieran creer que los bienes de la mujer son enajenables y contar, por consiguiente, con las garantías que éstos les dan; estarían perjudicados y perderían sus créditos si la mujer pudiese oponerles la inenajenabilidad de los bienes dotales. Se dice en un contrato de matrimonio estipulando la comunidad, que los esposos están autorizados para vender los inmuebles que puedan pertenecer á la futura, situados solo en un lugar determinado. ¿Debe concluirse de esto que los inmuebles que la mujer poseía en otro lugar eran inenajenables? No lo decía la cláusula; solo podía inducirse por el silencio de las partes; y el silencio no es seguramente una estipulación expresa. En el caso, la conducta de la mujer probaba cuán insegura y peligrosa es esta interpretación. La mujer vendió un inmueble situado fuera de la ciudad de Rouen; lo consideraba, pues, como un propio de comunidad. Después pidió la nulidad de la venta por comprender la

1 Turin, 23 de Julio de 1808 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 169).

enajenación de un bien dotal. La Corte mantuvo la enajenación decidiendo en principio, conforme al art. 1,392, que la estipulación de la inenajenabilidad de los bienes de la mujer debe ser concebida en términos claros, precisos y no equívocos, con el fin de que los terceros no estén engañados al tratar con los esposos. La decisión fué confirmada por una sentencia de denegada. (1)

Estos debates son bastante frecuentes. La mujer se obliga como común y luego trata de escapar á las consecuencias de su obligación invocando la pretendida inenajenabilidad de sus bienes. Se dice en un contrato de matrimonio, que la mujer ó sus herederos tendrán, al renunciar á la comunidad, el derecho de volver á tomar lo aportado franco de toda deuda, aunque se hubiere personalmente obligado. La mujer pretendió que esta cláusula implicaba la inenajenabilidad de sus bienes. Se podrá dar otro sentido á la cláusula entendiendo como el recurso concedido á la mujer por el artículo 1,494 contra su marido; así interpretada, la cláusula no concernía á los terceros. En definitiva, era ambigua; y una cláusula dudosa no puede consagrar la excepción de la inenajenabilidad. En la duda, el derecho común es el que debe imperar. (2)

La cláusula de «repuesto» es frecuentemente invocada por la mujer para poner al abrigo sus bienes contra las promociones de sus acreedores. Volverémos á ocuparnos de esta cláusula al tratar del repuesto. ¿Puede inducirse de esto que sin reposición los inmuebles son inenajenables? La reposición estipulada en el contrato de matrimonio es una garantía para la mujer contra su marido; no tiene por objeto hacer los bienes de la mujer inenajenables. Se necesita para esto, dice la Corte de Casación, una disposición expresa del contrato de matrimonio. Entendida de otra manera, la cláusula sería un lazo tendido á los terceros y un medio fácil para los esposos para engañar á sus acreedores. (1)

1 Denegada, 28 de Febrero de 1828 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 186).
2 Burdeos, 19 de Febrero de 1857 (Dalloz, 1858, 2,168).

152. De que la comunidad forma el derecho común ¿debe concluirse que los esposos sean siempre *presumidos* haber querido optar por el régimen de la comunidad legal en todos los puntos en que no han derogado á este régimen? (2) Esto nos parece demasiado absoluto. Desde luego, no puede tratarse de una presunción, puesto que la ley no establece ninguna. Si los esposos estipulan el régimen de la comunidad modificándolo, es seguro que las reglas de la comunidad legal quedan aplicables á todos los casos que no deroguen á dichas reglas; el art. 1,528 lo dice terminantemente. Pero si los esposos optan por uno de los régimenes exclusivos de la comunidad, ¿deberán interpretarse sus convenciones por las reglas de la comunidad legal? Nó, seguramente; los esposos han manifestado su voluntad claramente, entienden colocarse fuera de las reglas que repudian. Ni siquiera puede interpretarse uno de los régimenes exclusivos por el otro, como lo dirémos al tratar de estos régimenes. Cada régimen excepcional debe ser interpretado por sí; tal es el derecho común para todas las excepciones, y no hay ninguna razón para apartarse de la regla en materia de convenciones matrimoniales. (3)

SECCION IV.—Del efecto y de la fuerza probante de las convenciones matrimoniales.

153. Hemos dicho varias veces que las convenciones matrimoniales tienen efecto para con los terceros. Los mismos textos del Código lo dicen. Según los términos del artículo 1,397, los cambios y las contraletras están *sin efecto para*

1 Dos sentencias de denegada de 13 de Febrero y de 5 de Junio de 1850 (Dalloz, 1850, 1, 204-206). Compárese más atrás, núm. 128.
2 Aubry y Rau, t. V, pág. 274 y nota 25, pfo. 504 (4.ª edición).
3 Compárese Burdeos, 22 de Junio de 1849 (Dalloz, 1852, 2,186).

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

enajenación de un bien dotal. La Corte mantuvo la enajenación decidiendo en principio, conforme al art. 1,392, que la estipulación de la inenajenabilidad de los bienes de la mujer debe ser concebida en términos claros, precisos y no equívocos, con el fin de que los terceros no estén engañados al tratar con los esposos. La decisión fué confirmada por una sentencia de denegada. (1)

Estos debates son bastante frecuentes. La mujer se obliga como común y luego trata de escapar á las consecuencias de su obligación invocando la pretendida inenajenabilidad de sus bienes. Se dice en un contrato de matrimonio, que la mujer ó sus herederos tendrán, al renunciar á la comunidad, el derecho de volver á tomar lo aportado franco de toda deuda, aunque se hubiere personalmente obligado. La mujer pretendió que esta cláusula implicaba la inenajenabilidad de sus bienes. Se podrá dar otro sentido á la cláusula entendiendo como el recurso concedido á la mujer por el artículo 1,494 contra su marido; así interpretada, la cláusula no concernía á los terceros. En definitiva, era ambigua; y una cláusula dudosa no puede consagrar la excepción de la inenajenabilidad. En la duda, el derecho común es el que debe imperar. (2)

La cláusula de «repuesto» es frecuentemente invocada por la mujer para poner al abrigo sus bienes contra las promociones de sus acreedores. Volverémos á ocuparnos de esta cláusula al tratar del repuesto. ¿Puede inducirse de esto que sin reposición los inmuebles son inenajenables? La reposición estipulada en el contrato de matrimonio es una garantía para la mujer contra su marido; no tiene por objeto hacer los bienes de la mujer inenajenables. Se necesita para esto, dice la Corte de Casación, una disposición expresa del contrato de matrimonio. Entendida de otra manera, la cláusula sería un lazo tendido á los terceros y un medio fácil para los esposos para engañar á sus acreedores. (1)

1 Denegada, 28 de Febrero de 1828 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 186).
2 Burdeos, 19 de Febrero de 1857 (Dalloz, 1858, 2,168).

152. De que la comunidad forma el derecho común ¿debe concluirse que los esposos sean siempre *presumidos* haber querido optar por el régimen de la comunidad legal en todos los puntos en que no han derogado á este régimen? (2) Esto nos parece demasiado absoluto. Desde luego, no puede tratarse de una presunción, puesto que la ley no establece ninguna. Si los esposos estipulan el régimen de la comunidad modificándolo, es seguro que las reglas de la comunidad legal quedan aplicables á todos los casos que no deroguen á dichas reglas; el art. 1,528 lo dice terminantemente. Pero si los esposos optan por uno de los régimenes exclusivos de la comunidad, ¿deberán interpretarse sus convenciones por las reglas de la comunidad legal? Nó, seguramente; los esposos han manifestado su voluntad claramente, entienden colocarse fuera de las reglas que repudian. Ni siquiera puede interpretarse uno de los régimenes exclusivos por el otro, como lo dirémos al tratar de estos régimenes. Cada régimen excepcional debe ser interpretado por sí; tal es el derecho común para todas las excepciones, y no hay ninguna razón para apartarse de la regla en materia de convenciones matrimoniales. (3)

SECCION IV.—Del efecto y de la fuerza probante de las convenciones matrimoniales.

153. Hemos dicho varias veces que las convenciones matrimoniales tienen efecto para con los terceros. Los mismos textos del Código lo dicen. Según los términos del artículo 1,397, los cambios y las contraletras están *sin efecto para*

1 Dos sentencias de denegada de 13 de Febrero y de 5 de Junio de 1850 (Dalloz, 1850, 1, 204-206). Compárese más atrás, núm. 128.
2 Aubry y Rau, t. V, pág. 274 y nota 25, pfo. 504 (4.ª edición).
3 Compárese Burdeos, 22 de Junio de 1849 (Dalloz, 1852, 2,186).

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

con los terceros si no han sido redactadas en seguida de la minuta del contrato de matrimonio. Luego si esta formalidad ha sido cumplida, los cambios *tendrán efecto para con los terceros.* Y las contraletras no son sino convenciones matrimoniales; si las cláusulas derogatorias tienen efecto para con los terceros, debe suceder lo mismo por identidad de razones con las cláusulas primitivas; es decir, con todo el contrato. Esta es una de las razones por las que la ley quiere que las convenciones matrimoniales estén redactadas antes del matrimonio por acta ante notario. Esto no bastaría para resguardar los intereses de los terceros; solo hay un medio para garantizarlos, y éste es la publicidad. Tal es el objeto de las nuevas leyes que han sido promulgadas en Francia y en Bélgica. Nuestra ley hipotecaria dice que la consecuencia de la falta de publicidad será que: «las cláusulas derogatorias al derecho común no podrán ser opuestas á los terceros que han contratado con los esposos ignorando sus convenciones matrimoniales.» Esto implica que la comunidad legal es oponible á los terceros; y lo mismo sucederá con las cláusulas derogatorias y con los régimenes excepcionales, siempre que la condición de publicidad esté cumplida. Todas las disposiciones del Código que conciernen á los terceros lo suponen así. Es de principio que la mujer al obligarse, solo da acción al acreedor en la desnuda propiedad de sus bienes; el Código aplica este principio en los artículos 1,413 y 1,417. ¿Por qué? Se contesta ordinariamente que la mujer enajena el usufructo de sus propios en provecho de la comunidad. A decir verdad, no hay enajenación, pues la comunidad no es persona civil que adquiera y posea; son los esposos los que constituyéndose en sociedad ponen en común sus muebles y el usufructo de sus inmuebles. Se trata, pues, de una convención entre esposos, oponible á los terceros. Así, la ley permite oponer á los terceros las convenciones matrimoniales en lo que se refiere á las

actas de administración que hace el marido en virtud de estas convenciones: los arrendamientos de los bienes de la mujer que él consiente, tienen efecto para con los terceros; luego el poder de administración que la ley concede al marido puede ser opuesto á los terceros, como puede ser invocado por ellos. Lo mismo sucede con la inenajenabilidad de los bienes dotales; es en virtud de una convención como los terceros no tienen acción en los bienes dotales y que los terceros adquirentes pueden ser vencidos por el marido ó la mujer.

¿Cómo conciliar el efecto que la ley reconoce á las convenciones matrimoniales para con los terceros con el principio sentado por el art. 1,165 que dice que las convenciones solo tienen *efecto* entre las partes contratantes, que no perjudican á los terceros ni les aprovechan? El art. 1,165 quiere decir que no se puede ser deudor ni acreedor sino en virtud de su consentimiento. Este principio no tiene excepción; las convenciones no imponen una obligación al que no se ha obligado, y no dan derecho á quien no estipuló. Diversa es la cuestión de saber si los derechos de los esposos en sus bienes pueden ser invocados por los terceros y si se les pueden oponer. El marido tiene cierto poder como administrador legal de los bienes de su mujer: ¿existen estos derechos en favor de los terceros y contra ellos? Es decir: ¿las actas hechas por el marido en los límites de su administración serán obligatorias para los terceros? Sí; el marido da hoy en arrendamiento un bien de la mujer, muere mañana: ¿Deberá el tercero respetar este arrendamiento? Sí, la mujer está ligada, el arrendatario está ligado; así como la mujer tiene los derechos de un propietario contra el locatario, el arrendatario puede oponerle su contrato en los límites marcados por la ley. ¿Cuál es la razón de esto? El matrimonio opera un cambio de estado y modifica también los derechos de los esposos en sus bienes. La mujer subordinada al marido

pierde el goce y administración de sus bienes, el marido es quien los administra y goza. El cambio de estado de los esposos y las consecuencias que de él resultan en cuanto á los bienes, ¿solo existe en las relaciones de los esposos entre sí? Esto es imposible, pues esto sería dejar sin efecto alguno al matrimonio y á las convenciones matrimoniales. El matrimonio y las convenciones matrimoniales interesan á los terceros tanto como á los esposos; si el marido administra y si goza, solo puede hacerlo contratando con terceros; luego necesariamente el matrimonio y las convenciones que se hacen en esta ocasión tienen efecto para con los terceros.

154. No se concibe que haya controversia en este punto, puesto que el texto del Código decide la cuestión. Sin embargo, la doctrina nada tiene de segura, y la jurisprudencia deja también mucho que desear, cuando menos en lo que se refiere á los motivos para decidir. Troplong solo parece dar efecto á las convenciones matrimoniales con relación á los terceros en la medida del derecho común y de la ley positiva; dice que, en sus relaciones con los terceros, las convenciones son *en general, res inter alios acta*. ¿Qué quiere decir esto? No lo sabemos. Esto supone que hay convenciones entre esposos que se pueden oponer á los terceros y que hay otras que no les pueden ser opuestas. ¿En qué se funda esta distinción? ¿Cuál es su significación? Lo que agrega Troplong es también muy obscuro: «Si el público está interesado en las convenciones matrimoniales, de tal modo que este pacto sea una carta abierta ofrecida al crédito, esto es una razón más para no dar en él autoridad sino á las disposiciones aprobadas por los principios y compatibles con las reglas de la confianza, de la buena fe y de la razón.» Así, el contrato de matrimonio es una carta abierta que interesa al público, que tiene efecto para con los terceros, pero con restricciones. ¿Cuáles son esas restricciones? La respuesta que acabamos de transcribir es para nosotros incomprensible. Más adelante Troplong dice: «Es en *provecho* de los terceros, *en contra* de los cónyuges como está establecida la regla tutelar que las enunciaciones de su contrato de matrimonio hacen fe contra ellos; pero no se podrían oponer á los terceros unas enunciaciones que les lastimara, esto sería para ellos *res inter alios acta*. (1) El autor cita á cada momento la regla del art. 1,165, pero esta disposición no distingue, como parece hacerlo Troplong, entre las convenciones que son favorables á los terceros y las que les pudieran perjudicar; si la convención no perjudica á los terceros, tampoco les aprovecha.

La Corte de Casación ha sentenciado recientemente «que las convenciones matrimoniales, en tanto que transmitan ó modifiquen derechos reales, ó den al marido poder para administrar más ó menos libremente los bienes de la mujer, son susceptibles de aprovechar á los terceros y de serles opuestos.» El recurso objetaba el principio del art. 1,165; la Corte contestó que esta disposición solo es relativa á las obligaciones que los contratos hacen nacer entre las partes (2). Tal es la verdadera doctrina, pero está enunciada en términos demasiado restrictivos. No es porque el contrato de matrimonio constituye derechos reales por lo que puede ser opuesto á los terceros é invocado por ellos: los derechos reales tienen en su esencia, efecto en favor de todos y contra todos. Pero los derechos pertenecientes á los socios como tales, ¿son derechos reales? Volverémos á tratar esta cuestión, es dudosa. Lo que no es dudoso es que las convenciones matrimoniales extrañas á toda transmisión de propiedad, tienen efecto para con los terceros y les pueden

1 Troplong, t. I, pág. 83, núm. 89; pág. 113, núm. 196.

2 Denegada, 17 de Diciembre de 1873 (Dalloz, 1874, 1, 145). Véase *ibid.*, el informe de Connelly y las conclusiones del abogado general Reverchon. El sentencista, al citar mis *Principios*, (t. VI, núms. 159 y siguientes), me hace decir que combato á la jurisprudencia. Debe haber un error en esto: el párrafo citado es completamente extraño á nuestra cuestión.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

ser opuestas; luego no debe buscarse en la realidad del derecho la razón por la que el contrato de matrimonio tiene efecto para con los terceros. El texto del Código, lo repetimos, lo prueba. ¿Cómo siendo asociados los esposos están obligados por las deudas de la comunidad con relación á los terceros? Por mitad si han optado por el régimen de la comunidad legal, ó en proporción diferente si han derogado el derecho común. Aquí no se trata de administración ni de derechos reales, y no obstante, los esposos pueden prevalecerse de sus convenciones contra los terceros, y éstos pueden invocarlas contra los esposos. Esto es porque los terceros al tratar con los esposos deben considerar el régimen que hace ley para los asociados. Lo mismo sucede con una derogación más importante al derecho común, con la inenajenabilidad de los bienes dotales; en este caso, no se trata de administración ni de transmisión de derechos reales; y, sin embargo, la inenajenabilidad tiene efecto para con los terceros. El principio de que las convenciones matrimoniales tienen efecto para con los terceros es, pues, general, salvo las excepciones que el Código hace: las verémos al tratar de la comunidad convencional. Estas excepciones, como siempre, confirman la regla en este sentido: que esta queda aplicable á todos los casos en que no se ha derogado terminantemente á ella.

155. ¿Cuál es la fuerza probante del acta que contiene las convenciones matrimoniales? Es una acta notariada (artículo 1,393); luego deben aplicarse los principios que rigen la fe debida á las actas auténticas. Se sabe cuán inciertas son la doctrina y la jurisprudencia y á menudo hasta erróneas en materia de pruebas. Encontrarémos las mismas hesitaciones y las mismas inexactitudes en la aplicación que los autores y las sentencias hacen de los principios al contrato de matrimonio. Troplong confunde la fuerza probante del acta y las convenciones matrimoniales, y atribuye al acta la

autoridad de que goza el contrato. Voet dice que los pactos nupciales deben ser respetados en todo lo que no es contrario á la razón natural, á la honradez y á las buenas costumbres. Esto pertenece á las convenciones. ¿Qué hace Troplong? Extiende al escrito lo que dice Voet de las convenciones: «No hay *contrato* más sólido y más respetable; no los hay que sirvan de *prueba más auténtica*, más *firme* y más *completa*. (1) Sus *enunciaciones* se reputan como siendo la misma *verdad*; (2) no solo por estar revestido del sello de la autenticidad, sino también porque *no se supone* (3) que un contrato que es un pacto de familia tan solemne, contenga ningún disimulo y sirva de auxiliar á subterfugios. (4) La confusión es completa y el error es patente. Y aun no se sabe cuál es la opinión del autor; si el contrato de matrimonio tiene como acta una fuerza probante mayor que las actas ordinarias, debe decirse en qué consiste esta autoridad excepcional. ¿Pero puede haber excepción sin texto?

La jurisprudencia no es más exacta que la doctrina. Un contrato de matrimonio hace constar que la mujer aporta 12,000 francos. Se pretende que ésta nada aportó. Cuestión de saber si la prueba testimonial, y, por consiguiente, las presunciones son de admitirse. Según los principios que hemos expuesto en el título *De las Obligaciones* (t. XIX, número 475), debe distinguirse si el acta se ataca por causa de simulación, por las partes ó por los terceros. Las partes no son de admitirse á probar por testigos contra lo contenido en el acta (art. 1,341); mientras que los terceros, no habiendo podido procurarse una prueba escrita por contraletra, pueden invocar el beneficio establecido por el art. 1,348. La Corte de Paris ha establecido, sin ninguna distinción y cuan-

1 ¡Hay acaso dos especies de autenticidad, una más probante que la otra, una completa, la otra incompleta?
2 ¿En dónde se dice esto?
3 ¡Quién no supone, el legislador? ¿Dónde se establece esta *presunción de verdad*? ¡Hé aquí á lo que conduce la fraseología!
4 Troplong, t. I, pág. 113, núm. 195.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

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

SECCION V.—De la dote.

§ 1.° —Definicion.

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

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

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

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

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

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

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

SECCION V.—De la dote.

§ 1.° —Definicion.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

§ II.—De la dote considerada como liberalidad.

Núm. 1. ¿Quién es donante?

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

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

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

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

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

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

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

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

§ II.—De la dote considerada como liberalidad.

Núm. 1. ¿Quién es donante?

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

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

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

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

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

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

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

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

1 Aubry y Rau, t. V, pág. 223 y nota 7, pfo, 500.
2 Rodière y Pont, t. I, pág. 85, núm. 97. Aubry y Rau, t. V, pág. 223 y nota 7.

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

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

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

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

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

1 Toplong, t. I, pág. 363, núm. 1,233. Casación, 16 de Noviembre de 1824, y Burdeos, 6 de Diciembre de 1833 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 1.281),

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

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

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

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

1 Dumoulin, *Costumbre de Paris*, pfo. 115, núm. 1.
2 Troplong, t. I, pág. 360, núm. 1,223.
3 Burdeos, 17 de Enero de 1854 (Dalloz, 1855, 2, 212).
4 Pothier, *De la comunidad*, núm. 649.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

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

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

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

1 Pothier, *De la comunidad*, núm. 650.
2 Bourges, 29 de Julio de 1851 (Dalloz, 1852, 2, 11).

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

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

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

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

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

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

1 Douai, 6 de Julio de 1853 (Dalloz, 1855, 2, 350).
2 Compárese Aubry y Rau, t. V, pág. 224 y nota 12, pfo. 500.

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

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

1 Troplong, t. I, pág. 363, núm. 1,231. En sentido contrario, Aubry y Rau, t. V, págs. 224 y siguientes, y nota 13).
2 Rouen, 27 de Mayo de 1854 (Dalloz, 1854, 2, 248).

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

1 Casación, 11 de Julio de 1814 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 1,222).
2 Paris, 16 de Marzo de 1850 (Dalloz, 1850, 2, 167).

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

1 Bourges, 29 de Julio de 1851 (Dalloz, 1852, 2, 11). La doctrina está conforme (Aubry y Rau, t. V, pág. 226, nota 19, pfo. 500).
2 Aubry y Rau, t. V, págs. 266 y siguientes, nota 20 y los autores que citan.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

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

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

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

1 Amiens, 20 de Julio de 1860 (Dalloz, 1860, 5, 126, núm. 6).
2 Paris, 10 de Agosto de 1843 y 16 de Marzo de 1850 (Dalloz, 1850, 2, 167). Aubry y Rau, t. V, pág. 226, nota 17, pfo. 500.
3 Casación, 4 de Julio de 1814 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio* núm. 1,222). Paris, 16 de Marzo de 1850 (Dalloz, 1850, 2, 167).

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

Núm. 2. De la referencia de la dote.

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

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

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

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

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

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

1 Amiens, 20 de Julio de 1860 (Dalloz, 1860, 5, 126, núm. 6).
2 Paris, 10 de Agosto de 1843 y 16 de Marzo de 1850 (Dalloz, 1850, 2, 167). Aubry y Rau, t. V, pág. 226, nota 17, pfo. 500.
3 Casación, 4 de Julio de 1814 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio* núm. 1,222). Paris, 16 de Marzo de 1850 (Dalloz, 1850, 2, 167).

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

Núm. 2. De la referencia de la dote.

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

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

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

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

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

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

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

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

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

1 Casación, 16 de Noviembre de 1824, y Burdeos, 6 de Diciembre de 1833 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 1,281). Compárese Troplong, t. I, pág. 365, núm. 1,243.
2 Denegada, 4 de Agosto de 1852 (Dalloz, 1852, 2, 193).

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

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

Núm. 3. Naturaleza de las convenciones dotales.

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

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

178. La dote es irrevocable como donación y como convención matrimonial. ¿Es esto decir que no pueda sufrir ninguna modificación? Cuando está constituida en capital y ejecutada, todo está consumado. Sin embargo, si el estado de la fortuna de los donantes llegara á cambiar de manera que tuviesen necesidad de alimentos, los donatarios deberían ministrárselos ya como donatarios ó como hijos; lo que disminuiría las ventajas que resultasen de la dote. Y si la dote consistía en una pensión anual, resultaría una disminución de esta pensión. El caso se ha presentado. Un abuelo había constituido á su nieta una pensión anual de 1,500 francos; habiendo cambiado su posición tenía derecho de alimentos que la Corte estimó en 500 francos por año: decidió, en consecuencia, que el abuelo podía compensar su crédito alimenticio de 500 francos con la deuda dotal de 1,500 francos, lo que conducía á reducir la pensión á 1,000 francos. (1)

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

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

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

1 Burdeos, 24 de Abril de 1845 (Dalloz, 1845, 4, 20).
2 Lieja, 18 de Diciembre de 1851 (*Pasicrisia*, 1854, 2, 254).

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

Núm. 3. Naturaleza de las convenciones dotales.

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

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

178. La dote es irrevocable como donación y como convención matrimonial. ¿Es esto decir que no pueda sufrir ninguna modificación? Cuando está constituida en capital y ejecutada, todo está consumado. Sin embargo, si el estado de la fortuna de los donantes llegara á cambiar de manera que tuviesen necesidad de alimentos, los donatarios deberían ministrárselos ya como donatarios ó como hijos; lo que disminuiría las ventajas que resultasen de la dote. Y si la dote consistía en una pensión anual, resultaría una disminución de esta pensión. El caso se ha presentado. Un abuelo había constituido á su nieta una pensión anual de 1,500 francos; habiendo cambiado su posición tenía derecho de alimentos que la Corte estimó en 500 francos por año: decidió, en consecuencia, que el abuelo podía compensar su crédito alimenticio de 500 francos con la deuda dotal de 1,500 francos, lo que conducía á reducir la pensión á 1,000 francos. (1)

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

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

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

1 Burdeos, 24 de Abril de 1845 (Dalloz, 1845, 4, 20).
2 Lieja, 18 de Diciembre de 1851 (*Pasicrisia*, 1854, 2, 254).

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

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

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

§ III.—De los réditos de la dote.

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

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

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

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

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

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

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

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

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

§ III.—De los réditos de la dote.

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

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

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

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

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

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

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

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

182. Los arts. 1,440 y 1,548, agregan: "Si no hay estipulación contraria." Las partes contratantes están libres para derogar á la ley, puesto que se trata de una disposición de puro interés privado. Se necesita una *estipulación* contraria; ¿quiere esto decir que la derogación debe ser *expresa*? Nó, la palabra *estipulación* es sinónima de convención, y las convenciones pueden ser expresas ó tácitas. Pero no basta que haya un plazo convenido para el pago de la dote para que los intereses no corran. Los motivos por los que los intereses son debidos de derecho pleno existen cuando hay plazo, tanto como cuando no lo hay; es que los esposos debiendo soportar los cargos del matrimonio á partir de la celebración de su unión, tienen derecho al goce de la dote que les fué dada para soportar dichos cargos.

1 Aubry y Rau, t. V. pág. 227, pfo. 500 (4.ª edición).
2 Rodière y Pont, t. I, pág. 102, núm. 128 y todos los autores.

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

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

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

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

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

§ IV.—De la garantía de la dote.

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

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

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

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

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

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

1 Rodière y Pont, t. I, pág. 99, núm. 124.
2 Duranton, t. XV, pág. 444, núm. 374. Rodière y Pont, t. I, pág. 92, número 112

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

§ IV.—De la garantía de la dote.

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

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

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

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

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

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

1 Rodière y Pont, t. I, pág. 99, núm. 124.
2 Duranton, t. XV, pág. 444, núm. 374. Rodière y Pont, t. I, pág. 92, número 112

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

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

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

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

1 Rodière y Pont, t. I, pág. 94, núms. 115, 116. Aubry y Rau, t. V, página 229, y notas 31 y 32, pfo. 500.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

CAPITULO II.

DEL REGIMEN DE LA COMUNIDAD.

§ I.—¿Qué es la comunidad?

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

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

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

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

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

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

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

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

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

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

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

1 Pothier, *Tratado de la comunidad*, núm. 2.
2 Rodière y Pont citan aún otros testimonios, t. I, pág. 264, núm. 339.

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

192. Maleville hizo una proposión en sentido contrario, reduciendo la comunidad á las gananciales: lo que dejaba la fortuna mueble en propio á los esposos, tanto como su fortuna inmueble. No le faltaban buenas razones. Se dice que los bienes de los esposos deben ser comunes como sus sentimientos y sus ideas. Nada hay más verdadero. Pero la vida común comienza con el matrimonio; que los trabajos de los esposos sean comunes y que las utilidades se repartan entre los socios, basta para identificar los intereses así como los efectos. Esto basta también para interesar á la mujer en los negocios del marido y en la prosperidad de la familia. ¿Pero dónde está la necesidad de comunicar al cónyuge la fortuna mobiliar que uno de los esposos posee, cuando el otro no puede poseer nada ó solo tener inmuebles? Desde que la fortuna de los esposos no es igual, la comunidad legal consagra una desigualdad; luego una injusticia. Si los inmuebles quedan en propios á los esposos, lo mismo debe suceder con los valores mobiliarios, puesto que la fortuna tiende de más á más á volverse mobiliar. Debe respetarse la tradición mientras está en armonía con las costumbres; pero es cosa absurda inmovilizar costumbres del siglo XII, cuando nada queda del estado social que les dió nacimiento. (1)

1 Sesión del consejo de Estado del 13 vendimiario, año XII, núm. 5 (Locré t. VI, pág. 353).
2 Aubry y Rau, t. V, págs. 215 y siguientes, pfo. 497.
3 Rodiere y Pont, t. I, pág. 268, núm. 343.

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

1 Sesión del consejo de Estado del 13 vendimiario, año XII, núm 5 (Locré, t. VI, pág. 351).
2 Compárese Duranton, t. XIV, pág. 88, núm. 78.
3 Berlier, *Exposición de los motivos*, núm. 13 (Locré, t. VI, pág. 335).

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

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

§ II.—De la comunidad considerada como sociedad de bienes.

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

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

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

1 «Non, est propriè socia, sed speratur fore» (*Costumbre de París*, pfo. 57, número 2).

2 Pothier, *De la comunidad*, núm. 3.

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

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

§ II.—De la comunidad considerada como sociedad de bienes.

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

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

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

1 «Non, est propriè socia, sed speratur fore» (*Costumbre de París*, pfo. 57, número 2).

2 Pothier, *De la comunidad*, núm. 3.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

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

Para admitir tan monstruosa ficción, se necesitarían textos muy terminantes. En primer lugar, sería una derogación grave al derecho antiguo y no pudiera admitirse que el legislador la consagrase expresamente. Y ni los trabajos preparatorios ni el texto señalan la intención de innovar; los autores del Código se han limitado, en esta materia, á consagrar la tradición. Esto es decisivo. Hay otra consideración igualmente decisiva. Es de principio que solo la ley puede crear las personas civiles. Esto no quiere decir que las personas civiles solo existen cuando la ley las admite con este título. La palabra *persona civil* pertenece á la doctrina, la ley la ignora, aunque admite la existencia de estas personas ficticias (t. I, núm. 291). Pero se necesita cuando menos que la ley reconozca á un sér moral una existencia jurídica dándole derechos que impliquen la personificación. La cuestión es, pues, esta: ¿Las disposiciones del Código concernientes á la comunidad, implican necesariamente la idea de una persona civil? Decimos *necesariamente*, pues la ley no crea séres ficticios sino cuando está obligada por la necesidad. Basta, pues, que se puedan explicar las disposiciones del Código acerca de la comunidad, para que se deba desechar esta hipótesis. En este sentido se puede decir: No hay persona civil sin texto.

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

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

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

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

Esto equivale á decir que lo más de las veces la cuestión de saber si la comunidad es una persona civil es indiferente. ¿En dónde está, pues, la necesidad de crear una persona ficticia? Volverémos á esta cuestión al examinar las pocas dificultades que presenta. La jurisprudencia, que gusta poco de teorías, se ha atenido á la realidad de las cosas. Troplong pretende que la idea de un cuerpo moral se encuentra en muchas sentencias. El lenguaje se presta para esta confusión, puesto que nuestras leyes y, por consiguiente, las sentencias, citan siempre á la comunidad y no á los esposos comunes en bienes. Pero cuando la dificultad se ha presentado ante la Corte de Casación, ésta no titubeó en decidir como lo hemos hecho. El recurso pretendia que la comunidad constituía una persona civil, distinta de ambos esposos, poseyendo un activo afecto á las deudas adquiridas durante el matrimonio; de esto concluia que el activo social no se hacía la prenda de los demás acreedores, sino después del entero pago de las deudas comunes. La Corte contestó que la ley no reconoce en la comunidad á una persona civil que esté separada de los cónyuges entre los que está formada. En efecto, dice la sentencia, el marido constituido soberano, administrador y dueño, absorbe á la comunidad mientras dura en su persona; todos aquellos con quienes obra, litiga, sea demandando, sea defendiendo, y contrae en virtud del pleno derecho y libre disposición que le pertenecen, solo á él conocen. ¿Quién pensó nunca en intentar una acción en nombre de la comunidad, ó en hacerla figurar como tal en un contrato? La personalidad del marido es la única que aparece, lo que excluye la idea de una persona ficticia; ¿pudiera haber lugar para la ficción cuando todo está llenado con la realidad? (1)

1 Esta es la opinión de la mayor parte de los autores. Véanse los fuentes en Aubry y Rau t. V, pág. 277, nota 2, pfo. 505.
2 Troplont, t. 1, pág. 150 núm. 310.

§ III.—Comunidad legal y convencional.

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

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

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

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

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

Esto equivale á decir que lo más de las veces la cuestión de saber si la comunidad es una persona civil es indiferente. ¿En dónde está, pues, la necesidad de crear una persona ficticia? Volverémos á esta cuestión al examinar las pocas dificultades que presenta. La jurisprudencia, que gusta poco de teorías, se ha atenido á la realidad de las cosas. Troplong pretende que la idea de un cuerpo moral se encuentra en muchas sentencias. El lenguaje se presta para esta confusión, puesto que nuestras leyes y, por consiguiente, las sentencias, citan siempre á la comunidad y no á los esposos comunes en bienes. Pero cuando la dificultad se ha presentado ante la Corte de Casación, ésta no titubeó en decidir como lo hemos hecho. El recurso pretendia que la comunidad constituía una persona civil, distinta de ambos esposos, poseyendo un activo afecto á las deudas adquiridas durante el matrimonio; de esto concluia que el activo social no se hacía la prenda de los demás acreedores, sino después del entero pago de las deudas comunes. La Corte contestó que la ley no reconoce en la comunidad á una persona civil que esté separada de los cónyuges entre los que está formada. En efecto, dice la sentencia, el marido constituido soberano, administrador y dueño, absorbe á la comunidad mientras dura en su persona; todos aquellos con quienes obra, litiga, sea demandando, sea defendiendo, y contrae en virtud del pleno derecho y libre disposición que le pertenecen, solo á él conocen. ¿Quién pensó nunca en intentar una acción en nombre de la comunidad, ó en hacerla figurar como tal en un contrato? La personalidad del marido es la única que aparece, lo que excluye la idea de una persona ficticia; ¿pudiera haber lugar para la ficción cuando todo está llenado con la realidad? (1)

1 Esta es la opinión de la mayor parte de los autores. Véanse los fuentes en Aubry y Rau t. V, pág. 277, nota 2, pfo. 505.
2 Troplont, t. 1, pág. 150 núm. 310.

§ III.—Comunidad legal y convencional.

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

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

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

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

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

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

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

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

1 Odier, t. I, pág. 48, núm 37.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

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

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

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

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

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

1 Pothier, *De la comunidad*, núm. 12.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

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

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

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

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

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

1 Duranton, t. XIV, pág. 96, núm. 88. Aubry y Rau, t. V, págs. 274 y siguientes, notas 1 y 2, pfo. 504 *bis*.
2 Merlin, *Repertorio*, en la palabra *Ley*, pfo. VI (t. XVIII, pág. 431).

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

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

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

1 Rodière y Pont, t. I, pág. 26, núms. 35 y 36.
2 Denegada, sección civil, 12 germinal, año XIII (Merlin, *Repertorio*, en la palabra *Convenciones matrimoniales*, pfo. II, t. VI, pág. 435).

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

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

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

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

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

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

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

1 Merlin, *Repertorio*, en la palabra *Convenciones matrimoniales*, pfo. II (tomo VI, págs. 420 y siguientes).
2 Véanse, en diverso sentido, los autores citados por Aubry y Rau, t. V, página 275, nota 4.

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

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

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

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

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

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

1 Compárese Aubry y Rau, t. V, págs. 275 y siguientes, pfo. 504 *bis*.
2 Aix. 24 de Noviembre de 1854 (Dalloz, 1857, 2, 43).

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

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

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

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

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

1 Paris, 13 de Diciembre de 1853 (Dalloz, 1855, 2, 192).

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

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

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

1 Denegada, 18 de Agosto de 1873 (Dalloz, 1874, 1, 258).
2 Denegada, Sala Civil, 4 de Marzo de 1857 (Dalloz, 1857, 1, 103). Aubry y Rau, t. V, pág. 276, pfo. 504 *bis*.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

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

§ IV.—Modalidad de las convenciones matrimoniales.

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

1 Denegada, Sala Civil, 30 de Enero de 1854 (Dalloz, 1854, 2, 61).
2 Metz, 9 de Junio de 1852 (Dalloz, 1852, 2, 190). Aubry y Rau, t. V, página 276, pfo. 504 *bis*.

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

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

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

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

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

§ IV.—Modalidad de las convenciones matrimoniales.

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

1 Denegada, Sala Civil, 30 de Enero de 1854 (Dalloz, 1854, 2, 61).
2 Metz, 9 de Junio de 1852 (Dalloz, 1852, 2, 190). Aubry y Rau, t. V, página 276, pfo. 504 *bis*.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

§ V.—¿Cuando comienza la comunidad?

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

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

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

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

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

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

PRIMERA PARTE.—De la comunidad legal.

SECCION I.—Del activo de la comunidad.

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

1 Duranton, t. XIV, pág. 191, núm. 95.

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

§ V.—¿Cuando comienza la comunidad?

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

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

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

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

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

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

PRIMERA PARTE.—De la comunidad legal.

SECCION I.—Del activo de la comunidad.

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

1 Duranton, t. XIV, pág. 191, núm. 95.

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

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

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

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

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

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

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

ARTICULO 1.—De los bienes que entran en la comunidad.

§ I.—De los muebles de los esposos.

Núm. 1. Principio.

212. Según los términos del art. 1,401, "la comunidad se compone activamente, 1.° de todos los muebles que los esposos poseían el día de la celebración del matrimonio, juntamente con todos los muebles que les toquen durante el matrimonio, á título de sucesión ó aun de donación." El Código nada dice de los muebles que los esposos puedan adquirir durante el matrimonio á otro título. Es, sin embargo, de principio que los muebles futuros entren en la comunidad, de cualquiera manera que los adquieran los esposos. Este principio se funda desde luego en la tradición. Pothier enseña como un punto no dudoso que la comunidad comprende tanto los muebles que pertenecen á cada uno de los cónyuges cuando el matrimonio, como los adquiridos después, y no distingue el título de la adquisición. (1) Los autores del Código han mantenido el sistema tradicional en lo que se refiere á la composición activa de la comunidad; éste fué decidido por el consejo de Estado, y Tronchet dijo, cuando la discusión, que la comunidad comprendía todo el patrimonio de los esposos en el caso muy frecuente en que solo poseen objetos muebles. (2) Berlier se explicó en el mismo sentido al exponer los motivos de nuestro título: "Los muebles eran diversamente regidos por las diversas costumbres; así, en varias de ellas la comunidad no aprovechaba más que de los muebles existentes cuando el matrimonio, mientras que en otros lugares no se hacía ninguna distinción entre los muebles existentes cuando el matrimonio y los que se adquirían durante su curso. Nuestro proyecto adoptó esta última manera de ver: la comunidad abarca, además de las adquisiciones, los muebles respectivos de los esposos *presentes y futuros*." (3) ¿Por qué no se explica el Código como el orador del Gobierno? No se sa-

1 Pothier, *De la comunidad*, núm. 26.
2 Sesión del consejo de Estado del 13 vendimiario año XII, núm. 5 (Locré, t. VI, pág. 353).
3 Berlier, *Exposición de los motivos*, núm. 13 (Locré, t. VI, pág. 391).

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

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

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

ARTICULO 1.—De los bienes que entran en la comunidad.

§ I.—De los muebles de los esposos.

Núm. 1. Principio.

212. Según los términos del art. 1,401, "la comunidad se compone activamente, 1.° de todos los muebles que los esposos poseían el día de la celebración del matrimonio, juntamente con todos los muebles que les toquen durante el matrimonio, á título de sucesión ó aun de donación." El Código nada dice de los muebles que los esposos puedan adquirir durante el matrimonio á otro título. Es, sin embargo, de principio que los muebles futuros entren en la comunidad, de cualquiera manera que los adquieran los esposos. Este principio se funda desde luego en la tradición. Pothier enseña como un punto no dudoso que la comunidad comprende tanto los muebles que pertenecen á cada uno de los cónyuges cuando el matrimonio, como los adquiridos después, y no distingue el título de la adquisición. (1) Los autores del Código han mantenido el sistema tradicional en lo que se refiere á la composición activa de la comunidad; éste fué decidido por el consejo de Estado, y Tronchet dijo, cuando la discusión, que la comunidad comprendía todo el patrimonio de los esposos en el caso muy frecuente en que solo poseen objetos muebles. (2) Berlier se explicó en el mismo sentido al exponer los motivos de nuestro título: "Los muebles eran diversamente regidos por las diversas costumbres; así, en varias de ellas la comunidad no aprovechaba más que de los muebles existentes cuando el matrimonio, mientras que en otros lugares no se hacía ninguna distinción entre los muebles existentes cuando el matrimonio y los que se adquirían durante su curso. Nuestro proyecto adoptó esta última manera de ver: la comunidad abarca, además de las adquisiciones, los muebles respectivos de los esposos *presentes y futuros*." (3) ¿Por qué no se explica el Código como el orador del Gobierno? No se sa-

1 Pothier, *De la comunidad*, núm. 26.
2 Sesión del consejo de Estado del 13 vendimiario año XII, núm. 5 (Locré, t. VI, pág. 353).
3 Berlier, *Exposición de los motivos*, núm. 13 (Locré, t. VI, pág. 391).

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

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

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

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

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

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

La sección de legislación había propuesto mantener el de-

1 Pothier, *De la comunidad*, núm. 76.
2 Pothier, *Del contrato de matrimonio*, núm. 81.

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

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

1 Sesión del 13 vendimiario, año XII, núm. 7 (Locré, t. VI, pág. 354).
2 Pothier, *De la comunidad*, núm. 90.

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

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

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

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

1 Toullier, t. VI, 2, pág. 110, núm. 110. Zachariæ solo afirmó así. Véase en sentido contrario, Duveyrier, acerca de Toullier, pág. 119, nota *a* y todos los autores.
2 Denegada, 30 de Abril de 1862 (Dalloz, 1862, 1, 522).

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

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

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

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

1 Casación, 22 de Marzo de 1853 (Dalloz, 1853, 1, 102).

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

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

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

1 Gante, 2 de Julio de 1852 (*Pasicrisia*, 1854, 2, 66).
2 Vease una Disertación de Mourlon en el *Repertorio periódico* de Dalloz, 865, 2, 73, nota.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

1 Esta es la opinión de Mourlon y de Aubry y Rau, (edición de 1872).
2 Duranton, t. XIV, pág. 124, núm. 109 y todos los autores.

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

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

1 En sentido contrario, Rodière y Pont, t, I, pág. 317, núm. 391.
2 Pothier, *Del contrato de matrimonio*, núm. 74.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Núm. 2. Aplicaciones.

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

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

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

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

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

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

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

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

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

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

Núm. 2. Aplicaciones.

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

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

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

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

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

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

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

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

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

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

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

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

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

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

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

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

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

1 Pothier, *De la comunidad*, núms. 74 y 75.
2 Pothier, *De la comunidad*, núm. 77. Duranton, t. XIV, pág. 128, número 211 y todos los autores.

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

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

§ II.—De los frutos.

Núm. 1. Principio.

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

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

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

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

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

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

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

§ II.—De los frutos.

Núm. 1. Principio.

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

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

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

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

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

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

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

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

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

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

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

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

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

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

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

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

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

241. La Corte de Casación aplicó el mismo principio á una renta vitalicia propia á uno de los esposos. Es incontestable que los réditos de la renta caen en la comunidad sin compensación, pues en la teoría del Código, los réditos de la renta vitalicia son el producto del derecho á la renta (artículo 588). En el caso, los esposos hicieron con el deudor de la renta una convención que convirtió la renta de 12,000 francos en una suma principal de 24,000 francos. La renta siendo propio de la mujer, el precio de ella le quedaba en propio. Más tarde los esposos adquirieron una finca en 29,000 francos: el acta decía que la adquisición se hacía hasta concurrencia de 24,000 francos para servir de compensación á la mujer; ésta aceptó formalmente la recompensa. Cuando la liquidaciónn de la comunidad, el marido sostuvo que se debía comprender en la masa común, á título de adquisición, el inmueble comprado con la ayuda del dinero procedente de la realización de los réditos de la renta vitalicia que pertenecían á la comunidad. Esta pretensión fué desechada por la Corte de Bourges, por el motivo de que la renta era propio de la mujer. Recurso de casación. La decisión fué casada, y debía serlo. Si el derecho de la renta es propio, los réditos entran en la comunidad. Y en el caso, la mujer acreedora murió la primera, lo que hubiera arrastrado la extinción de la renta si no hubiera sido convertida en capital, y, por consiguiente, todos los réditos percibidos hubieran aprovechado á la comunidad, sin compensación alguna. La conversión de la renta en capital nada cambiaba á los derechos de las partes: los 24,000 francos representaban en realidad los réditos á los que tenía derecho la comunidad; luego no había lugar á compensación. La Corte repite que la compensación es una indemnización, lo que supone una pérdida. ¿Acaso la mujer acreedora sufría una pérdida? Nó, pues por su muerte, perdía el derecho á la renta; el precio de la cesión no podía ser reclamado por los herederos como propio, puesto que este precio representaba, no el derecho extinguido, sino los réditos que hubiera percibido la comunidad. La consecuencia era que la finca comprada con los 24,000 francos no era un propio adquirido á título de compensación, sino una gananc ial. En vano se invocaba la estipulación de compensación seguida de la aceptación de la mujer; los esposos no tenían el derecho para hacer una compensación en provecho de la mujer, porque el dinero no procedía de la venta de un propio; en el momento de la conversión, es verdad que el derecho á la renta era de la mujer, pero por efecto de su muerte, este derecho solo consistía en los réditos percibidos, y éstos pertenecían á la comunidad. (1)

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

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

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

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

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

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

1 Orléans, 27 de Diciembre de 1855 (Dalloz, 1857, 2, 34).
2 Casación, 20 de Agosto de 1872 (Dalloz, 1872, 1, 406).

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

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

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

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

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

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

1 Marcadé, t. V, pág. 457, núm. 6 del art. 1,461.
2 Pothier, *De la comunidad*, núm. 207.

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

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

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

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

1 Pothier, *De la comunidad*, núm. 210. Duranton, t. XIV, pág. 128, número 148.

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

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

1 Mourlon, *Repeticiones*, t. III, pág. 21 núm. 52.
2 Duranton, t. XIV, pág. 199, núm. 148. Marcadé, t. V, pág. 457, núm. 4

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

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

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

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

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

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

1 Esta es la opinión generalmente seguida. Véanse los testimonios en Aubry y Rau, t. V, pág. 292, nota 36, pfo. 507.
2 Pothier, *De la comunidad*, núms. 209 y 212.
3 Rennes, 26 de Enero de 1828; Burdeos, 22 de Mayo de 1841 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 685).

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

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

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

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

1 Douai, 20 de Diciembre de 1848 (Dalloz, 1850, 2, 192).
2 Aubry y Rau, t. V, pág. 292, pfo. 507 (4.ª edición).

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

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

1 Toullier, t. VI, págs. 81 y siguientes, núm. 82.
2 Duranton, t. XIV, pág. 196, núm. 96. Compárese Proudhon, *Del usufructo*, t. I, núm. 279, pág. 356.

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

Núm. 2. Aplicaciones.

I. De las canteras y de las minas.

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

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

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

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

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

Núm. 2. Aplicaciones.

I. De las canteras y de las minas.

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

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

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

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

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

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

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

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

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

1 Besançon, 3 de Marzo de 1863 (Dalloz, 1863, 2, 49).
2 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 62, núm. 28 *bis* II, III y IV.

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

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

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

II. Cortes de leña.

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

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

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

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

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

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

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

§ III.—De los gananciales.

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

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

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

1 Denegada, 31 de Marzo de 1824 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 698).
2 Duranton, t. XIV. pág. 215, núm. 153. Rodière y Pont, t. I, pág. 413, número 495.

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

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

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

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

§ III.—De los gananciales.

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

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

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

1 Denegada, 31 de Marzo de 1824 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 698).
2 Duranton, t. XIV. pág. 215, núm. 153. Rodière y Pont, t. I, pág. 413, número 495.

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

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

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

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

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

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

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

260. Uno de los esposos es propietario de un inmueble

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

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

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

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

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

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

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

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

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

1 Proudhon, *Del usufructo*, t. V, pág. 497, núm. 2,681.
2 Nancy, 30 de Mayo de 1856 (Dalloz, 1856, 2, 252).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

1 Rodière y Pont, t. I, pág. 417, núm. 500 y todos los autores.
2 Aubry y Rau, t. V, pág. 296 y nota 47, pfo. 507 y los autores que citan.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

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

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

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

1 Troplong, t. I, pág. 206, núm. 575.
2 Pothier, *De la comunidad*, núm. 281. Rodière y Pont, t. I, pág. 419, número 504.

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

1 Marcadé, t. V, pág. 462, núm. 1 del art. 1,404.
2 Toullier, t. VI, 2, pág. 179, núm. 171.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

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

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

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

1 Mourlon desarrolla esta objeción (*Repeticiones*, t. III, pág. 14, nota 2).
2 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 68, núm. 32 *bis* IV.
3 Pothier, *De la comunidad*, núm. 281. Compárese Troplong, t. I, pág. 162, núm. 364, y pág. 266, núm. 572.
4 Troplong, t. I, pág. 212, núm. 605 y 606.

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

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

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

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

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

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

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

1 Mourlon desarrolla esta objeción (*Repeticiones*, t. III, pág. 14, nota 2).
2 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 68, núm. 32 *bis* IV.
3 Pothier, *De la comunidad*, núm. 281. Compárese Troplong, t. I, pág. 162, núm. 364, y pág. 266, núm. 572.
4 Troplong, t. I, pág. 212, núm. 605 y 606.

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

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

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

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

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

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

1 Odier, t. I, pág. 128, núm. 125.

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

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

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

1 Troplong, t. I, pág. 213, núm. 610.

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

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

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

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

1 Pothier, *De la comunidad*, núm. 168.
2 Aubry y Rau, t. V, pág. 293 y nota 38, pfo. 507.
3 Lieja, 11 de Marzo de 1859 (*Pasicrisia*, 1859, 2, 304).
4 Tolosa, 23 de Agosto de 1827 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 781). En el mismo sentido, Bruselas, 12 de Agosto de 1861 (*Pasicrisia*, 1862, 2, 7). La Corte considera á la comunidad como un sér moral, lo que no admitimos.

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

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

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

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

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

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

Núm. 4. De la prueba.

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

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

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

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

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

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

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

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

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

Núm. 4. De la prueba.

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

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

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

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

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

1 Pothier, *De la comunidad*, núm. 203. Troplong, t. I. pág. 191, núm. 489.
2 Rennes, 27 de Enero de 1813 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 724).

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

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

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

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

1 Denegada, 20 de Diciembre de 1836 (Dalloz, en la palabra *Domicilio*, número 20).
2 Denegada, 14 de Febrero de 1816 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 729).

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

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

1 Pothier, *De la comunidad*, núm. 203. Troplong, t. I. pág. 191, núm. 489.
2 Rennes, 27 de Enero de 1813 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 724).

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

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

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

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

1 Denegada, 20 de Diciembre de 1836 (Dalloz, en la palabra *Domicilio*, número 20).
2 Denegada, 14 de Febrero de 1816 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 729).

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

§ I.—De los propios muebles.

Núm. 1. ¿Cuáles muebles son propios?

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

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

1 Pothier, *De la comunidad*, núm. 105. Colmet de Santerre, t. VI pág. 51, núm. 22 *bis* I.
2 Pothier, *De la comunidad*, núm. 122.

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

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

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

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

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

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

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

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

1 Delvincourt, t. III, notas, pág. 12, nota 2. Compárese Duranton, t. XIV, pág. 83, núm. 135; Colmet de Santerre, t. VI, pág. 49, núm. 21 *bis* IV; Marcadé, t. V, pág. 493, núm. VIII *bis* del artículo 1,498.

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

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

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

1 Pothier, *De la comunidad*, núm. 99.
2 Toullier, t. VI, 2, pág. 159, núm. 152.
3 Nancy, 20 de Agosto de 1827 y 7 de Febrero de 1840 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm, 656).

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

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

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

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

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

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

1 Pothier, *De la comunidad*, núm. 100. Rodière y Pont, t. I, pág. 446, número 539, y todos los autores.
2 Douai, 9 de Mayo de 1849 (Dalloz, 1850, 2, 144).

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

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

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

1 Denegada, 11 de Diciembre de 1850 (Dalloz, 1851, 1, 287).
2 Nancy, 3 de Marzo de 1837, y Douai, 11 de Noviembre de 1812 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 657).
3 Pothier, *De la comunidad*, núm. 598. Toullier, t. VI, 2, núms. 186 y 187.

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

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

1 Aubry y Rau, t. V, pág. 288 y nota 24, pfo. 507 (4.ª edición).
2 Toullier, t. VI, 2, pág. 191, núm. 189. Rodière y Pont, t. I, pág. 432, nú-

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

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

Núm. 2. De los principios que rigen á los propios mobiliares.

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

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

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

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

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

287. Los efectos muebles que permanecen propios á los

1 Aubry y Rau, t. V, pág. 290 y nota 31, pfo. 507 (4.ª edición).
2 Limoges, 28 de Noviembre de 1849 (Dalloz, 1852, 2, 70).

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

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

Núm. 2. De los principios que rigen á los propios mobiliares.

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

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

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

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

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

287. Los efectos muebles que permanecen propios á los

1 Aubry y Rau, t. V, pág. 290 y nota 31, pfo. 507 (4.ª edición).
2 Limoges, 28 de Noviembre de 1849 (Dalloz, 1852, 2, 70).

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

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

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

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

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

§ II.—De los propios inmuebles.

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

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

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

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

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

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

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

§ II.—De los propios inmuebles.

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

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

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

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

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

291. El esposo que compra un inmueble antes de su matrimonio, es propietario de él aunque la entrega no le haya sido hecha y que no haya pagado el precio. Esta es la aplicación de los nuevos principios que rigen la translación de propiedad. Si, pues, el matrimonio llegaba á disolverse y que el esposo se volviese á casar, el inmueble le quedaría en propio, aunque el precio fuese pagado por la segunda comunidad; ésta solo tendría derecho á compensación. Que si el inmueble hubiera sido comprado durante la primera comunidad, formaría una ganancial de dicha comunidad. Esto fué sentenciado así en un caso en el que el esposo había estipulado que sus propios entrarían en la comunidad si la segunda pagaba su precio. Los esposos pueden, sin duda, hacer muebles sus inmuebles, pero no lo pueden hacer con perjuicio del derecho de tercero. Si hay hijos del primer matrimonio, el inmueble hace parte de la primera comunidad, de la que la mitad pertenece á los hijos; desde luego, el marido no puede, como lo dice la Corte de Casación, introducir á título de ganancial en una segunda comunidad, un inmueble que formaba ganancial en la primera y cuya calidad y propiedad eran irrevocablemente fijadas entre los esposos y el hijo del primer matrimonio. (1)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Lo mismo sucedería en caso de revocación de una dona-

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

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

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

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

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

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

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

296. Se supone que el título del esposo tiene un vicio que lo hace nulo: durante el matrimonio el acta es confirmada: ¿será el inmueble un propio ó una ganancial? Pothier contesta que el inmueble será propio. Esto nos parece evidente. Aunque el título esté viciado, procede, sin embargo, de una fecha anterior al matrimonio. A consecuencia de la confirmación, el vicio está borrado y el título se considera como habiendo sido siempre válido. ¿Se dirá que la confirmación no perjudica á los derechos de terceros y que la comunidad es un tercero? Esto sería raciocinar mal, pues la comunidad no tenía ningún derecho al inmueble; la confirmación no le quita tampoco ninguno. Con relación á la comunidad, se trata de saber si el inmueble ha sido adquirido antes ó durante el matrimonio, y esta cuestión no es dudosa.

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

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

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

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

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

299. El inmueble es propio del esposo cuando tenía la propiedad anterior al matrimonio, sin que deba distinguirse si lo adquirió á título gratuito ó á título oneroso. De esto resulta que el inmueble dado por contrato de matrimonio á uno de los esposos ó á ambos, es propio, ya sea por entero en provecho de uno de ellos, ya sea por mitad en provecho de cada uno, pues los donatarios eran propietarios anteriormente al matrimonio, puesto que el contrato de matrimonio es necesariamente anterior á la celebración de la unión conyugal. Esta era la regla del derecho antiguo, y el Código no la ha cambiado. (1)

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

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

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

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

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

1 Aubry y Rau, t. V, pág. 217, nota 49 (4.ª edición).
2 Troplong, t. I, pág. 212, núm. 602, y todos los autores.

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

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

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

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

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

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

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

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

1 Rodière y Pont, t. I, pág. 479, núms. 568 y 569.
2 Pothier, *De la comunidad*, núm. 192.

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

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

1 Sentencia del Tribunal del Sena, 6 de Junio de 1855 (Dalloz, 1855, 3, 71), y Denegada, 18 de Marzo de 1856 (Dalloz, 1856, 1, 129). Compárese Denegada, 9 de Junio de 1836 (Dalloz, *Contrato de matrimonio*, núm. 2,594).
2 Pothier, *De la comunidad*, núm. 194.
3 Marcadé, t. V, pág. 487, núm. 7 del artículo 1,408. Rodière y Pont. t. I, pág. 483, núm. 574. En sentido contrario, Taulier, t. V, pág. 54.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

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

I. De los propios de sucesión.

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

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

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

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

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

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

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

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

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

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

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

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

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

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

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

II. De los inmuebles dados.

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

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

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

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

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

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

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

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

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

II. De los inmuebles dados.

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

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

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

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

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

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

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

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

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

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

Núm. 3. Los arreglos de familia.

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

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

1 Duranton, t. XIV, pág. 201, núm. 190. Odier, t. I, pág. 131, núm. 127.
2 Battur, t. I, pág. 367, núms. 245, 246.

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

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

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

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

1 Pothier, *De la comunidad*, núm. 139.
2 Rodière y Pont, t. I, pág. 490, núm. 582. Colmet de Santerre, t. VI, página 73, núm. 34 *bis* I.

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

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

Núm. 3. Los arreglos de familia.

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

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

1 Duranton, t. XIV, pág. 201, núm. 190. Odier, t. I, pág. 131, núm. 127.
2 Battur, t. I, pág. 367, núms. 245, 246.

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

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

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

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

1 Pothier, *De la comunidad*, núm. 139.
2 Rodière y Pont, t. I, pág. 490, núm. 582. Colmet de Santerre, t. VI, página 73, núm. 34 *bis* I.

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

318. No debe concluirse de esto que la cesión hecha por el ascendiente solo es un anticipo de herencia en el sentido del art. 1,406, cuando el esposo es heredero presunto del donante, cuando la sucesión y su sucesible á su muerte. La ley no exige esta condición; desde luego, el intérprete no la puede exigir. Según los motivos dados por Pothier, se pudiera creer que, en este caso, la disposición del art. 1,406 no tiene ya razón de ser. Pothier prevee la objeción y la contesta. Hay sucesión anticipada, dice, aunque el abuelo hubiese dado á su nieto durante la vida del padre, pues aunque el nieto no sea heredero directo del abuelo, recoge los bienes de su padre grande en la sucesión de su padre; es, pues, siempre un propio de sucesión, por consiguiente, un propio de comunidad. El espíritu de la ley no deja ninguna duda; ésta quiere conservar los bienes en las familias; desde luego no hay que distinguir quién hace el abandono, si es el padre ó el abuelo. (1)

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

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

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

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

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

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

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

1 Rodière y Pont, t. I, pág. 490, núm. 582, y pág. 489, núm. 581.
2 Caen, 1.° de Agosto de 1844 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 795). Sentencia del Tribunal de Lieja, 29 de Mayo de 1872 (*Pasicrisia*, 1,873 3, 12). Rodière y Pont, t. I, pág. 495, núm. 587.

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

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

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

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

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

I. El principio.

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

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

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

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

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

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

I. El principio.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

1 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 82, núm. 36 *bis* III. Aubry y Rau, t. V pág. 310, nota 90, pfo. 507.
2 Denegada, 30 de Enero de 1850 (Dalloz, 1850, 1, 171).

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

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

1 Douai, 20 de Marzo de 1828 (Dalloz, *Contrato de matrimonio*, núm. 821).
2 Observaciones del Tribunado, núm. 8 (Locré, t. VI, pág. 377). Rodière y Pont, t. I, pág. 515, núm. 603.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

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

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

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

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

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

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

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

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

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

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

II. Del derecho de opción de la mujer.

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

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

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

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

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

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

II. Del derecho de opción de la mujer.

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

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

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

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

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

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

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

1 Compárese Rodière y Pont, t. I, pág. 539, núm. 622.
2 Pau, 6 de Junio de 1860 (Dalloz, 1860, 2, 198).
3 Denegada, 30 de Enero de 1850 (Dalloz, 1850, 1, 171).

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

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

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

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

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

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

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

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

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

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

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

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

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

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

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

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

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

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

1 Troplong, t. I, pág. 230, núm. 472.

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

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

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

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

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

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

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

1 Pothier, *De la comunidad*, núm. 151.
2 Nancy, 9 de Junio de 1854 (Dalloz, 1855, 2, 251). Denegada, 24 de Julio de 1860 (Dalloz, 1860, 1, 456).
3 Burdeos, 10 de Agosto de 1870 (Dalloz, 1871, 2, 153).

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

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

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

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

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

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

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

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

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

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

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

¿Es esto decir que la mujer no tiene ningún derecho durante la comunidad? Si su intención es abandonar á la comunidad, no tiene ningún interés en declararlo mientras la comunidad dura, puesto que ningún derecho tiene en los bienes comunes; solo tiene derecho á ellos si acepta, y solo puede aceptar cuando la comunidad se disuelve. Pero si la mujer tiene intención de retirar el inmueble para convertirlo en propio, tiene interés en hacerlo inmediatamente. Diremos mas adelante que, en nuestro concepto, el marido puede enajenar el inmueble y que la mujer no tiene ninguna acción contra los terceros; si se admite esta opinión, se entiende que la mujer tenga el mayor interés en retirar el inmueble cuanto antes. Aun en la opinión contraria que es la que generalmente se sigue, la mujer está interesada en ejercer el retiro desde luego. Todos están acordes en este punto. La dificultad está en saber si tiene el derecho de hacerlo así. Creemos que sí. Se supone que el marido adquirió el inmueble en nombre personal; la mujer tiene el derecho de hacer con él un propio. Cuando la ley da un derecho, se le puede ejercer desde luego, á no ser que la misma naturaleza del derecho se oponga á ello. Y nada impide á la mujer declarar, desde que el marido hizo la adquisición, que la toma por su cuenta y que entiende que el inmueble le sea propio. La ley hace la aplicación de este principio en materia de reemplazo: la mujer debe aceptarlo si quiere que el inmueble le quede propio, si no queda ganancial. ¿Cuándo puede hacer esta aceptación? Inmediatamente. ¿El art. 1,408 se opone á ello cuando se trata del derecho de retiro? Esto sería una derogación al derecho común, y la excepción está consagrada en términos formales en estas palabras: *Cuando la disolución de la comunidad*. Hemos contestado de antemano á la objeción.

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

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

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

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

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

¿Es esto decir que la mujer no tiene ningún derecho durante la comunidad? Si su intención es abandonar á la comunidad, no tiene ningún interés en declararlo mientras la comunidad dura, puesto que ningún derecho tiene en los bienes comunes; solo tiene derecho á ellos si acepta, y solo puede aceptar cuando la comunidad se disuelve. Pero si la mujer tiene intención de retirar el inmueble para convertirlo en propio, tiene interés en hacerlo inmediatamente. Diremos mas adelante que, en nuestro concepto, el marido puede enajenar el inmueble y que la mujer no tiene ninguna acción contra los terceros; si se admite esta opinión, se entiende que la mujer tenga el mayor interés en retirar el inmueble cuanto antes. Aun en la opinión contraria que es la que generalmente se sigue, la mujer está interesada en ejercer el retiro desde luego. Todos están acordes en este punto. La dificultad está en saber si tiene el derecho de hacerlo así. Creemos que sí. Se supone que el marido adquirió el inmueble en nombre personal; la mujer tiene el derecho de hacer con él un propio. Cuando la ley da un derecho, se le puede ejercer desde luego, á no ser que la misma naturaleza del derecho se oponga á ello. Y nada impide á la mujer declarar, desde que el marido hizo la adquisición, que la toma por su cuenta y que entiende que el inmueble le sea propio. La ley hace la aplicación de este principio en materia de reemplazo: la mujer debe aceptarlo si quiere que el inmueble le quede propio, si no queda ganancial. ¿Cuándo puede hacer esta aceptación? Inmediatamente. ¿El art. 1,408 se opone á ello cuando se trata del derecho de retiro? Esto sería una derogación al derecho común, y la excepción está consagrada en términos formales en estas palabras: *Cuando la disolución de la comunidad*. Hemos contestado de antemano á la objeción.

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

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

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

344. ¿Qué sucede con el inmueble cuando la mujer no ejerce el retiro ó declara renunciarlo? El inmueble quedará lo que era. Diremos más adelante que, en nuestra opinión, el inmueble adquirido por el marido en el caso previsto por el art. 1,408, es una ganancial desde el momento de la adquisición; para que se haga propio es menester que la mujer lo *retire* de la comunidad, esta es la expresión de la ley; si no lo retira, lo deja en la comunidad; el inmueble es, pues, una ganancial. (2) Troplong dice, al contrario, que si el derecho de opción pereció por la prescripción de treinta años, «el inmueble adquiere *al más alto grado* el carácter que la

tá dividida, y las sentencias en pro y en contra tienen poca importancia. Véase Denegada, 25 de Julio de 1844, y Lyon, 20 de Julio de 1843 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núms. 837 y 832). Burdeos, 15 de Mayo de 1871 (Dalloz, 1871, 2, 237).

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

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

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

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

1 Troplong, t I, pág. 233. núm. 680.

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

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

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

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

1 Denegada, 1.° de Mayo de 1860 (Dalloz, 1860, 1, 511).
2 Compárese Marcadé (t. V, pág. 485, núm. 6 del art. 1,408) que no admite esta solución sino en el caso en que el marido adquirió la totalidad del inmueble.

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

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

347. Un primer punto nos parece seguro: el inmueble es una ganancial en el momento en que el marido hace su adquisición. En efecto, el marido lo adquiere á título oneroso

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

bía más que una renuncia, había concurso de la mujer en una acta de venta. ¿Por qué concurrió á la venta? No era necesario, puesto que en la opinión común, el marido tiene el derecho de enajenar á reserva de resolución. Si la mujer figura en el acta como parte, solo puede ser para impedir la resolución; esto es decir que renuncia á su derecho de retiro, cuando menos para con el adquirente. La Corte de Casación lo sentenció así en un caso en el que la mujer había declarado terminantemente que creería hacer un acto de mala fe reclamando bienes vendidos por su marido á terceros de buena fe. Se pretendía que la renuncia de la mujer no concernía sino á los inmuebles que había rehusado reivindicar. La Corte decidió, en principio, que si nadie se presume de renunciar á sus derechos, no sucede así cuando la renuncia es terminante y consta por escrito. En efecto, la Corte admite la interpretación que la Corte de Lyon había dado á la renuncia de la mujer sentenciando que se aplicaba indistintamente á todas las ventas hechas por el marido. (1)

Se supone que la mujer, cuando la disolución de la comunidad, declara simplemente que renuncia á su derecho de opción: ¿qué sucederá con la adquisición del marido? ¿Formará un propio ó una ganancial? En nuestra opinión, el inmueble era una ganancial en virtud de la adquisición que el marido habria hecho; si la mujer renuncia á su derecho, esto es decir que no puede retirarlo; luego el inmueble queda á la comunidad. (2)

IV. Efecto de la opción. Del retiro de la indivisión.

346. El art. 1,403 dice que la mujer puede abandonar el efecto á la comunidad. Si opta por el abandono, el inmueble estará comprendido en la masa como ganancial. Re-

1 Denegada, 1.° de Mayo de 1860 (Dalloz, 1860, 1, 511).
2 Compárese Marcadé (t. V, pág. 485, núm. 6 del art. 1,408) que no admite esta solución sino en el caso en que el marido adquirió la totalidad del inmueble.

sulta que todas las actas de disposición que el marido ha hecho son válidas. No puede haber duda acerca de este punto. La ley agrega que la comunidad se vuelve entonces deudora hácia la mujer por la porción que pertenece á ésta en el precio. Esto supone, como lo hemos dicho (núm. 341), que el marido adquirió la totalidad del inmueble. Si el marido no adquirió la totalidad del inmueble sino solo la porción indivisa que pertenecía al copropietario de la mujer, la comunidad no debe ninguna compensación á la mujer, puesto que ésta no le abandona su parte en el inmueble.

La mujer puede también retirar el inmueble, dice el artículo 1,408. Este derecho es el que se llama *retracción de indivisión*. Esta expresión pudiera dejar creer que el inmueble está indiviso en el momento en que la mujer lo retira. Lo está, en efecto, cuando el marido solo adquirió una porción indivisa; si ha comprado la totalidad, la indivisión ha cesado por el hecho de la adquisición. No es, pues, por razón de la indivisión en que se encuentra el inmueble como se califica de retiro de indiviso al derecho de la mujer; se le llama así porque la ley lo da á la mujer por razón del derecho indiviso que posee en el inmueble; si la mujer retira el inmueble, esto es para hacer un propio con él: la mujer adquiere con este título la porción indivisa que pertenecía á sus copropietarios. La ley dice que la mujer reembolsa á la comunidad el precio de la adquisición, no se explica acerca del efecto del retiro: el inmueble será propio por el todo de la mujer, pero ¿á partir de qué momento? ¿Será desde la adquisición que hizo el marido, ó á partir del momento en que la mujer ejerce su derecho de retiro? En la opinión general, el inmueble está como habiendo sido siempre propio de la mujer. Esta doctrina nos deja con muchas dudas.

347. Un primer punto nos parece seguro: el inmueble es una ganancial en el momento en que el marido hace su adquisición. En efecto, el marido lo adquiere á título oneroso

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

durante el matrimonio; luego, según los términos del artículo 1,401, núm. 3, el inmueble entra en la comunidad. Tal es también la intención del marido que lo adquiere; él es el *único* adquirente y *en su nombre personal*, la mujer no concurre al acta y el marido no la representa; la consecuencia es que el marido se hace propietario, y todo inmueble que adquiere durante el matrimonio es una ganancial. La Corte de Casación lo sentenció así y esto no es dudoso. (1)

Troplong escribió, sin embargo, que esto es una idea falsa y peligrosa. No titubeamos en decir que la opinión de Troplong es uno de esos errores demasiado numerosos que se encuentran en su *Tratado acerca del contrato de matrimonio*. «Si consultamos el texto, dice que no hay un solo momento en que considere la cosa como ganancial antes de la opción de la mujer.» ¡Y qué! el texto dice que el marido se hace *solo y en su nombre personal adquirente* del inmueble, y no será propietario, ¿y el inmueble que el marido adquiere no será una ganancial? ¡Cómo! El texto dice que, cuando la disolución de la comunidad, la mujer puede *abandonar* el efecto á la comunidad, ¿y este inmueble que deja á la comunidad no hubiera sido una ganancial? Hubiera sido propio de la mujer, sin que haya sido adquirente, ni su marido por ella. ¡Cómo! El texto dice que la mujer puede *retirar* el inmueble. ¿Retirarlo de dónde? De la comunidad; luego en el momento en que lo retira, está en la comunidad; y estaría en la comunidad sin ser una ganancial.

Troplong invoca también los principios; pero ¡qué principios! «El marido está *presumido* ser el *negotiorum gestor* de la mujer para hacer cesar la indivisión.» ¡Cómo! El artículo 1,408 es una disposición de desconfianza escrita contra el marido que, lejos de entender gestionar los negocios de la mujer, quiere adquirir el inmueble por su cuenta, y se nos

1 Denegada, 25 de Julio de 1844 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 837).

viene á decir que el marido está *presumido* ser el *negotiorum gestor* de su mujer. La adquisición del marido, continúa el autor, hace cesar la indivisión, y todo reparto retrotrae. «¿Cómo fuera posible que el inmueble no tuviera *primâ fronte*, la naturaleza del propio?» (1). Así, el marido que no tiene ningún derecho en el inmueble y que obra *solo, en su nombre personal, reparte* el inmueble, ¡y este reparto tiene un efecto retroactivo! ¿Se divide acaso un bien del que no es copropietario? La mujer es quien es copropietaria; ella es quien tendría el derecho de repartir; y ésta no interviene en el contrato, el marido la aparta de él, se hace único adquirente en su nombre y por su cuenta; ¡y esto sería un reparto! (2)

348. El inmueble adquirido por el marido es, pues, una ganancial, y queda ganancial hasta que la mujer lo *retire*. Es por el retiro como deja de ser ganancial para volverse un propio. ¿No debe concluirse de esto que el inmueble solo es propio desde el momento del retiro? Entonces es cuando lo adquiere la mujer y se hace propietaria de él, á reserva de reembolsar el precio de la adquisición á la comunidad; este retiro equivale á una compra, y la compra solo hace á la mujer propietaria desde el momento del contrato; luego solo desde ese momento el inmueble le es propio. Decimos que el retiro es una compra. El marido adquirió todo el inmueble. Ya no hay indivisión. La comunidad es propietaria; la mujer retira el inmueble: ¿es á título de copropietario por indiviso? ¿y el acto equivale á un reparto? Nó, la mujer ha vendido su parte indivisa, no tiene ya ningún derecho en el inmueble; si lo retira, no es como copropietario, ya no lo es, es en virtud de un beneficio de la ley. Ella vuelve á comprar el inmueble, el retiro es una recompensa; luego una nueva adquisición, una venta ordinaria, por lo tanto, el inmueble

1 Troplong, t. I, pág. 223, núm. 648.
2 Compárese Colmet de Santerre, t. VI pág. 88, núm. 37 *bis* VII y VIII.

se vuelve propio en virtud del retiro, luego desde el retiro. Solo en el caso en que el marido adquirió una porción del inmueble indiviso, es como la mujer queda copropietaria por indiviso por su parte; en este caso, puede decirse que el retiro es un acto que hace cesar la indivisión y que equivale á un reparto; la mujer puede entonces invocar el principio del art. 883, es adquirente de un inmueble que posee por indiviso con la comunidad; el retiro hace cesar la indivisión, y ésta cesa retroactivamente. En esta hipótesis, el inmueble se hace propio desde el momento en que la indivisión ha comenzado.

Así, en nuestro concepto, debe distinguirse. Si el marido adquirió la porción indivisa del inmueble que pertenece al copropietario de la mujer, el único efecto de esta adquisición será el de poner á la comunidad en el lugar del vendedor; la indivisión continúa, la mujer posee el inmueble por indiviso con la comunidad; es decir, con el marido. Si ejerce el retiro, éste solo es un acto de adquisición que hace cesar la indivisión, por consiguiente, la mujer, al ejercer el retiro, usa del derecho que le está dado por el primer inciso del art. 1,408: el inmueble le es propio en virtud de un acto que equivale á una partición. La única diferencia entre el retiro de indivisión y la adquisición de que habla el primer inciso, es que el retiro es obligatorio para la comunidad copropietaria por indiviso; mientras que la adquisición hecha en el caso del primer inciso es voluntaria, en el sentido de que depende en general del copropietario el vender ó no vender; pero aun puede decirse que si la mujer pide el reparto, tiene derecho para ello, no pudiendo nadie quedar obligado á permanecer en indivisión (art. 815).

En la otra hipótesis, el marido se hace adquirente de la totalidad del inmueble. Ya no hay indivisión; los arts. 883 y 1,408, primer inciso, están fuera de causa; el segundo inciso es el sitio de la dificultad. El retiro ya no hace cesar

la indivisión, es una compra, una mera venta que crea un propio en virtud del beneficio de la ley, pero el inmueble no se hace propio sino desde el momento del acta. La opinión contraria está generalmente admitida; vamos á exponer los motivos en los que se funda, así como nuestras dudas.

349. En la opinión general se admite que la opción de la mujer tiene un efecto retroactivo; es decir, que el inmueble que la mujer retira está como si le hubiese sido propio siempre. Se dice que el derecho del marido es tradicional; Colmet de Santerre agrega que esto no es dudoso, y quizá es porque esto parece seguro, por lo que los autores dan apenas un motivo de su opinión. ¿Por qué es tradicional el derecho del marido? El marido no adquiere bajo condición resolutoria expresa, entiende adquirir definitivamente. La condición debe pues, ser tácita. No lo es en virtud de la ley, puesto que ésta nada dice; debiera, pues, serlo en virtud de la voluntad tácita de las partes contratantes. Vuelve aquí nuestra cuestión: ¿por qué se admite esta voluntad tácita? El marido sabe, sin duda, que la mujer podrá retirar el inmueble y que la ganancial que entiende adquirir para la comunidad podrá volverse un propio para su mujer. Pero de esto no se deduce que tenga intención de adquirir bajo condición resolutoria. Diremos más; tal no puede ser su intención, pues si solo es propietario bajo condición resolutoria, no podrá disponer del inmueble, y tendrá los cargos de la adquisición sin gozar de sus beneficios, el lado malo del negocio será para él y para la comunidad, y el bueno para la mujer; si la adquisición es buena, si el inmueble aumenta de valor, la mujer lo retirará; si la adquisición es mala, si el inmueble disminuye de valor, la mujer lo abandonará á la comunidad. Con estas condiciones mejor sería hacer la adquisición por cuenta de la mujer, haciéndola concurrir en el acta. Lo seguro es que no puede admitirse una intención

tácita del marido contra su propio interés. Además, se olvida que la condición no puede resultar de la sola voluntad del marido, debería probarse además, que tal es también la intención del vendedor, pues la condición siendo una cláusula del contrato solo puede resultar del concurso de consentimientos. Diremos más adelante que los copropietarios de la mujer tienen, al contrario, interés á que la adquisición del marido sea definitiva; luego no puede tratarse de una condición resolutoria fundada en la voluntad de las partes contratantes.

La condición resolutoria, si no es convencional, debe ser legal. No está escrita en la ley; debiera, pues, resultar de la voluntad tácita del legislador. En principio, nos parece difícil admitir una condición fundada en la voluntad tácita del legislador; se necesitaría para esto que la condición fuera una consecuencia necesaria de la disposición. Se dice que sin la retroacción del retiro, el derecho concedido á la mujer sería decisorio, el marido pudiendo de un momento á otro enajenar la ganancial, lo que haría imposible el ejercicio del retiro. Contestamos que en la interpretación que hemos admitido, la mujer puede retirar el inmueble durante la comunidad; luego inmediatamente después de la adquisición hecha por el marido. Es verdad que si la mujer no obra en seguida, su derecho puede perecer. Para resguardar enteramente sus intereses, el legislador hubiera debido declarar el retiro retroactivo; pero la cuestión está en saber si así lo hizo, y hasta aquí no hemos encontrado en el texto ninguna disposición de la que pueda inducirse la voluntad segura del legislador; y se necesita una voluntad manifiesta para que se pueda admitir una condición tácita.

El único argumento que tenga alguna apariencia jurídica consiste en decir que el retiro equivale á la adquisición que la mujer hubiere hecho del inmueble. Si lo hubiere adquirido, como para ello tiene derecho en virtud del primer inciso del art. 1,408, el inmueble le sería propio, no solo desde la adquisición, sino desde el momento en que comenzó la indivisión. Y ¿cuál es el objeto del derecho de retiro? Es garantizar á la mujer el derecho que le da la ley en el caso en que el marido quisiera quitárselo; luego el retiro debe tener el mismo efecto que la adquisición del inmueble, por consiguiente, éste deber ser un propio en virtud del retiro, como lo hubiera sido en virtud de la adquisición; es decir, que debe tener un efecto retroactivo. Tal pudiera ser seguramente el sistema de la ley, si hubiere entendido garantizar los intereses de la mujer, con exclusión y en perjuicio del derecho de tercero. Pero lo repetimos, se trata de saber, no lo que debiera haber hecho el legislador, sino lo que ha hecho. La teoría que acabamos de exponer, ¿será la que consagra el art. 1,408? Esta implica una ficción: y es que un acto que no hace cesar la indivisión esté, sin embargo, considerado, en cuanto á los efectos, como un reparto. El retiro no hace cesar la indivisión en la hipótesis de la adquisición total por el marido; lo hemos probado (núm. 348), y puede decirse que la cosa es evidente: ¿Cómo haría cesar la indivisión el retiro cuando nada hay de indiviso? La realidad de las cosas es, pues, esta: la mujer *retira* el inmueble de la comunidad reembolsando el precio. Un acto de recompra no puede ser considerado como un acto de partición; se necesita para esto una ficción; la ley no la establece y solo el legislador puede crearla. En nuestro concepto, esto es decisivo. (1)

350. Se invoca la jurisprudencia en apoyo de la doctrina enseñada por los autores. A decir verdad, está dividida y tiene poca importancia, porque no hay sentencia de principio que haya previsto y resuelto las dificultades que presen-

1 Véase en sentido contrario, Troplong, t. I, pág. 224, núm. 651, pág. 225, núm. 654. Duranton, t. XIV, pág. 275, núm. 209. Rodière y Pont, t. I, página 177, núm. 170. Colmet de Santerre, t. V, pág. 89, núm. 37 *bis* IX.

ta la cuestión. Troplong cita el considerando siguiente de una sentencia de la Corte de Casación que, dice él, parece haber decidido lo contrario: «que del texto como del espíritu del art. 1,408 resulta que el marido, *sobre todo para con los terceros*, se hace propietario del inmueble por él adquirido, á reserva del ejercicio del derecho de opción ó de retiro reservado á la mujer.» (1) Si el marido es propietario para con los terceros, las actas de disposición que haga serán inatacables: de donde resulta que el retiro de la mujer no retrotrae contra terceros, y de ellos es de quienes se trata. Troplong dice que se atreve á creer que la sentencia ha sido pronunciada en circunstancias que la absuelven, hasta cierto punto, de un error tan grave. Error para los unos, verdad para los otros: ¡así es nuestra ciencia! Lo seguro es que no se puede decir que nuestra opinión esté desechada por la jurisprudencia, cuando puede apoyarse en una sentencia de la Corte de Casación. Podemos también invocar una sentencia de la Corte de Nancy que decide que el inmueble indiviso del que es adquirente el marido, se vuelve una ganancial. (2) Esta es la base de nuestra teoría. Es verdad que hay tantas inconsecuencias en esta materia que siempre está uno expuesto á equivocarse prevaleciéndose de una decisión judicial, pues no es seguro que la Corte que la pronunció acepte sus consecuencias.

Es la opinión contraria á la nuestra la que reina en la jurisprudencia. Pero las sentencias solo tienen valor por sus motivos, y si se pesan los motivos, la importancia de la jurisprudencia en nuestra cuestión disminuye singularmente. Una de las sentencias más radicales es la que pronunció la Corte de Grenoble. No se conforma con decidir que el retiro tiene un efecto retroactivo, lo que cuando menos implica que el marido es propietario bajo condición resolutoria,

1 Denegada, 25 de Julio de 1844 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 837).
2 Nancy 9 de Junio de 1854 (Dalloz, 1855, 2, 251).

según lo enseñan los autores; la Corte pretende que la propiedad descansa en la persona de la mujer hasta el momento en que ésta usa de su derecho de repudiación. (1) Que se compare esta decisión con el texto del art. 1,408, y se convencerá uno de que la sentencia hace decir á la ley lo contrario de lo que dice. El artículo no dice que la mujer tiene el derecho de repudiar la adquisición, lo que implicaria que el inmueble le es propio, por esto solo que no manifiesta la intención de dejárselo á la comunidad, de manera que el silencio de la mujer bastaría para que el inmueble le fuera propio. ¿Esto es lo que la ley dice? No, seguramente; confiere una opción á la mujer; ésta tiene el derecho de elegir entre abandonar el efecto á la comunidad ó retirarlo de ella; una elección exige una declaración de voluntad, es menester que la mujer diga si quiere que el inmueble le sea propio que lo retire de la comunidad; luego el inmueble no le es propio en virtud de la adquisición que hizo de él el marido. La Corte de Grenoble dice también que el marido adquiere para la mujer y en interés de ésta; el art. 1,408 dice que el marido adquiere *en su nombre personal*; luego en interés suyo. Que se formule la interpretación de la Corte de Grenoble: conduce á decir que la mujer puede hacer un propio con el inmueble que el marido adquirió solo y en *su nombre personal*; luego por cuenta suya. La antinomia del texto y de la interpretación no pudiera ser más grande. En nuestro concepto, semejante jurisprudencia es un mal apoyo.

351. Llegamos á las consecuencias de las dos opiniones contrarias. El marido hace actas de disposición, enajena el inmueble, lo hipoteca, lo grava con derechos reales. Después la mujer retira el inmueble para hacer de él un propio: ¿que sucede con las actas hechas por el marido? Si se admite con la Corte de Casación que el marido es propietario para coo los terceros, subsisten las actas de disposición, tu-

1 Grenoble, 18 de Agosto de 1854 (Dalloz, 1856, 2, 61).

vo el marido el derecho de hacerlas; la mujer no las puede atacar; debe, pues, respetar los derechos reales, y, en caso de enajenación, no puede ejercer el retiro contra el tercer adquirente.

En la opinión contraria, el marido solo tiene una propiedad resolutoria, y los derechos que concede á terceros están afectados de la misma condición. Si la mujer retira el inmueble, el derecho del marido está resuelto, así como todos los derechos por él consentidos en el inmueble. Los autores están unánimes en este punto, (1) y la jurisprudencia está en el mismo sentido. Sin embargo, ésta no se demuestra tan explícita como la doctrina. (2) La única sentencia pronunciada en un caso de enajenación, es la de la Corte de Riom; en el caso, los esposos estaban casados bajo el régimen dotal; el marido había adquirido derechos sucesivos de los que la mujer era copropietaria. Se debe considerar, dice la Corte, la adquisición como hecha en nombre de la mujer para acrecentar sus bienes dotales. Aquí detenemos á la Corte y le preguntamos: ¿en qué parte está esto escrito? Seguramente no es en el art. 1,408 que dice lo contrario, pues la adquisición no está hecha en nombre de la mujer, sino en el nombre personal del marido; luego por su cuenta. Del pretendido principio de que la adquisición se hace para la mujer, la Corte deduce la consecuencia de que el inmueble es dotal y que el marido no pudo enajenarlo. Se ve que la sentencia pronunciada por la Corte del Mediodía es una sentencia romana.

352. El principio en el que descansan la doctrina y la jurisprudencia tiene además otras consecuencias ante las que los autores y los tribunales han retrocedido. Si el retiro retrotrae al día de la adquisición hecha por el marido, solo puede ser esto en virtud de una ficción por la que la mujer

1 Aubry y Rau, t, V, pág. 315, nota 105, y los autores que citan.
2 Véase en cuanto á la resolución de las hipotecas, las sentencias citadas por Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 858.

que retira el inmueble está como si lo hubiese comprado. Ella será, pues, el adquirente, y, por consiguiente, deudora del precio para con los vendedores. La Corte de Lyon lo había sentenciado así y su decisión es muy lógica si se admite la ficción que implica la opinión general. Sin embargo, la sentencia fué casada. La Corte de Casación invoca el texto del art. 1,408, lo que es muy significativo, pues el texto ignora todo cuanto se le hace decir: la ley dice que la mujer que retira el inmueble está obligada á reembolsar el precio á la comunidad, es con esta última con quien ella trata al retirar un inmueble ganancial; no ha tratado con los vendedores del marido, no les debe, pues, nada. (1) Esto es verdad en nuestra opinión, que parece ser también la de la Corte de Casación. Pero esto no es exacto cuando se admite la opinión general. No obstante, los autores enseñan como la Corte, que la mujer no es deudora de los vendedores, que éstos solo tienen su privilegio y la acción por resolución. (2)

353. Solo un autor, el último que ha escrito acerca de la materia y uno de los mejores, ha sido herido por la contradicción entre el principio y la doctrina admitida por los autores y la jurisprudencia. La consecuencia lógica del principio conduce á decidir que la mujer es deudora de los vendedores. Pero esta vez puede decirse que la consecuencia testifica en contra del principio. Si la mujer es deudora resulta que está como si hubiese contratado con los vendedores; sin embargo, es extraña en el contrato, no consintió y los vendedores no consintieron en tratar con ella. Así se llega á un contrato sin concurso de consentimiento. La ficción llega hasta la herejía jurídica. ¿No es esto una prueba muy palpable de que el legislador solo hubiese podido consagrar la teoría que combatimos? (3)

1 Riom, 20 de Mayo de 1839 (Dalloz, *ibid.*, núm. 859).
2 Casación, 14 de Noviembre de 1854 (Dalloz, 1855, 1, 232).
3 Rodière y Pont, t. I, pág. 549, núm. 640. Aubry y Rau, t. V, págs. 315 y siguientes, y nota 106.

No llegamos aún al cabo de las dificultades. El señor Colmet de Santerre llamó el primero la atención acerca de una consecuencia de la opinión general que está en oposición con todos los principios. Los copropietarios del inmueble han querido tratar con el marido, y he aquí que por el efecto del retiro, sucede que no han tratado con él, puesto que está como si no hubiese sido nunca adquirente. La mujer es la que substituye al marido; los vendedores han tratado, pues, sin querer con la mujer. No se les puede obligar á vender sin su consentimiento, se les debe, pues, permitir el pedir la nulidad del acta por la que el marido se había hecho propietario. Se objetaría en vano que los vendedores no tienen interés; puede haber otros terceros interesados en apartar á la mujer: éstos son los terceros acreedores hipotecarios que tienen sus derechos de los copropietarios de la mujer. Si el retiro retrotrae por aplicación de los arts. 883 y 1,408, la consecuencia será desastrosa para los terceros: la mujer les opondrá el principio de ser como si hubiese sido siempre propietario del inmueble que retira, mientras que los vendedores están como si nunca lo hubieran sido: luego caen las hipótesis. (1) He aquí una consecuencia de la opinión general que debe dar que pensar. La solución que el señor Colmet de Santerre propone no será acogida; se opondrá el texto de la ley, como lo ha hecho ya la Corte de Casación. Hay, pues, que buscar el remedio en otra parte. Se encuentra también en el texto. La ley ignora la ficción de la retroacción y las extrañas consecuencias que proceden de ella. Da á la mujer un derecho de retiro; es decir, de recompra. Esto supone una nueva convención que transforma el inmueble ganancial hasta aquí, en propio. Este cambio no opera en lo pasado, luego todos los derechos están mantenidos. En la opinión general, se sacrifican los derechos de los terceros al retiro de la mujer; nosotros conciliamos estos derechos con

1 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 90, núms. 37 *bis* X-XIII

el de la mujer, permitiéndole retirar inmediatamente el inmueble; los derechos que lo gravan subsistirán y no podrá haber nueva concesión.

Núm. 5. Del vencimiento.

354. El art. 1,407, dice: «El inmueble adquirido durante el matrimonio á título de cambio por el inmueble perteneciendo á uno de los esposos, no entra en la comunidad, y está *subrogado* en lugar del que fué enajenado, á reserva de compensación si hay saldo.» ¿Por qué el inmueble recibido en cambio de un propio es también un propio? La ley lo dice: por efecto de una *subrogación*. Se le llama *real* para distinguirla de la *subrogación personal*, de la que hemos hablado en el título *De las Obligaciones*. Pothier define la subrogación real como sigue: «Es una *ficción de derecho* por la que una cosa que he adquirido en lugar de otra que he enajenado, toma la calidad de la cosa enajenada, en lugar de la que fué adquirida y á la que está subrogada.» Hay una ficción en la subrogación; Toullier hace mal en negarlo. (1) ¿Cuál es la realidad de las cosas? Es que el cambio es una adquisición á título oneroso hecha durante el matrimonio; luego en virtud de la regla establecida por el art. 1,401, núm. 3, debiera formar una ganancial. Si forma un propio, es por la disposición de la ley, y como esta disposición es contraria á la realidad, debe decirse que es una ficción. No es esto una disputa de palabras: las ficciones legales están regidas por principios particulares; son de la más estricta interpretación y no sufren, por consiguiente, ninguna interpretación extensiva. Toullier dice que la disposición del artículo 1,407 está fundada en la equidad. Sin duda, es justo que el inmueble recibido en cambio de un propio se hace propio; la comunidad no tiene derecho en él. Pero la equi-

1 Pothier, *De la comunidad*, núm. 197. Colmet de Santerre, t. VI, pág. 78, núm. 35 *bis* I. Compárese Toullier, t. VI, 2, pág. 155, núm. 148.

No llegamos aún al cabo de las dificultades. El señor Colmet de Santerre llamó el primero la atención acerca de una consecuencia de la opinión general que está en oposición con todos los principios. Los copropietarios del inmueble han querido tratar con el marido, y he aquí que por el efecto del retiro, sucede que no han tratado con él, puesto que está como si no hubiese sido nunca adquirente. La mujer es la que substituye al marido; los vendedores han tratado, pues, sin querer con la mujer. No se les puede obligar á vender sin su consentimiento, se les debe, pues, permitir el pedir la nulidad del acta por la que el marido se había hecho propietario. Se objetaría en vano que los vendedores no tienen interés; puede haber otros terceros interesados en apartar á la mujer: éstos son los terceros acreedores hipotecarios que tienen sus derechos de los copropietarios de la mujer. Si el retiro retrotrae por aplicación de los arts. 883 y 1,408, la consecuencia será desastrosa para los terceros: la mujer les opondrá el principio de ser como si hubiese sido siempre propietario del inmueble que retira, mientras que los vendedores están como si nunca lo hubieran sido: luego caen las hipótesis. (1) He aquí una consecuencia de la opinión general que debe dar que pensar. La solución que el señor Colmet de Santerre propone no será acogida; se opondrá el texto de la ley, como lo ha hecho ya la Corte de Casación. Hay, pues, que buscar el remedio en otra parte. Se encuentra también en el texto. La ley ignora la ficción de la retroacción y las extrañas consecuencias que proceden de ella. Da á la mujer un derecho de retiro; es decir, de recompra. Esto supone una nueva convención que transforma el inmueble ganancial hasta aquí, en propio. Este cambio no opera en lo pasado, luego todos los derechos están mantenidos. En la opinión general, se sacrifican los derechos de los terceros al retiro de la mujer; nosotros conciliamos estos derechos con

1 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 90, núms. 37 *bis* X-XIII

el de la mujer, permitiéndole retirar inmediatamente el inmueble; los derechos que lo gravan subsistirán y no podrá haber nueva concesión.

Núm. 5. Del vencimiento.

354. El art. 1,407, dice: «El inmueble adquirido durante el matrimonio á título de cambio por el inmueble perteneciendo á uno de los esposos, no entra en la comunidad, y está *subrogado* en lugar del que fué enajenado, á reserva de compensación si hay saldo.» ¿Por qué el inmueble recibido en cambio de un propio es también un propio? La ley lo dice: por efecto de una *subrogación*. Se le llama *real* para distinguirla de la *subrogación personal*, de la que hemos hablado en el título *De las Obligaciones*. Pothier define la subrogación real como sigue: «Es una *ficción de derecho* por la que una cosa que he adquirido en lugar de otra que he enajenado, toma la calidad de la cosa enajenada, en lugar de la que fué adquirida y á la que está subrogada.» Hay una ficción en la subrogación; Toullier hace mal en negarlo. (1) ¿Cuál es la realidad de las cosas? Es que el cambio es una adquisición á título oneroso hecha durante el matrimonio; luego en virtud de la regla establecida por el art. 1,401, núm. 3, debiera formar una ganancial. Si forma un propio, es por la disposición de la ley, y como esta disposición es contraria á la realidad, debe decirse que es una ficción. No es esto una disputa de palabras: las ficciones legales están regidas por principios particulares; son de la más estricta interpretación y no sufren, por consiguiente, ninguna interpretación extensiva. Toullier dice que la disposición del artículo 1,407 está fundada en la equidad. Sin duda, es justo que el inmueble recibido en cambio de un propio se hace propio; la comunidad no tiene derecho en él. Pero la equi-

1 Pothier, *De la comunidad*, núm. 197. Colmet de Santerre, t. VI, pág. 78, núm. 35 *bis* I. Compárese Toullier, t. VI, 2, pág. 155, núm. 148.

dad sola no bastaría para formar un propio con el inmueble recibido en cambio; si es propio, esto es en virtud de la ley, y la ley consagra una ficción.

355. Es porque la subrogación se hace en virtud de la ley como tiene lugar de derecho pleno. La Corte de Nancy ha hecho una aplicación muy jurídica de este principio. Se pretendía que el cambio era un reemplazo y que, por consiguiente, debían observarse todas las condiciones prescriptas por la ley para que resultase del cambio un reemplazo. Esto es un error; la ley distingue el reemplazo del cambio: para el cambio no exige formalidad; luego el intérprete tampoco puede exigirla. En el caso, dos esposos habían cambiado diversos inmuebles procedentes en parte de sus propios y en parte de sus adquisiciones, declarando expresamente en el acta que los inmuebles adquiridos por ellos «serían de igual natureleza.» Es verdad que los cónyuges no habían determinado las fracciones por las que los bienes recibidos por ellos en cambio serían propios y gananciales, pero poco importa, esto no podrá transformar toda la adquisición en gananciales. Cuando la disolución de la comunidad por la muerte de uno de los cónyuges, la parte de los herederos en el inmueble constituía, pues, un derecho inmueble, puesto que era el reemplazo de un inmueble. Resultaba que este derecho no estaba comprendido en los legados de muebles que el primer difunto había hecho á su cónyuge, pertenecía á los herederos. (1)

356. Uno de los esposos posee al casarse el usufructo de varios inmuebles; lo cambia durante el matrimonio por la propiedad entera de uno de estos inmuebles. A su muerte, la viuda pretende que este inmueble es una ganancial. Fué sentenciado, y con razón, que era un propio. ¿Cuál era, pues, el motivo de duda? El marido usufructuario había muerto primero; luego si no hubiese enajenado su usufructo, se hubiese extinguido á la vez que la comunidad por su muerte. Se concluía de esto que el inmueble no había sido adquirido en cambio de un propio que no existía ya. Esto era raciocinar muy mal. Para determinar la naturaleza de una adquisición, hay que transladarse al momento en que fué hecha, sin tener en cuenta la suerte ligada á un derecho vitalicio como el usufructo. El usufructuario ponía fin á estos riesgos cambiando un derecho vitalicio por un derecho perpetuo. (1) Otra es la cuestión de saber si había lugar por este punto á compensaciones; volveremos á ocuparnos de ello.

1 Nancy 3 de Marzo de 1869 (Dalloz, 1869; 2, 85).

357. El art. 1,407 da lugar á una cuestión muy controvertida. Decide que el inmueble recibido en cambio de un propio, es un propio, aunque haya una diferencia de valor entre ambos inmuebles; el inmueble es propio por el todo aunque tuviese un valor más grande que el del inmueble dado en cambio, á reserva de compensaciones por la diferencia, dice la ley. Esta es una disposición tomada al derecho antiguo. Pothier da la razón de ello: el saldo, dice, solo es un accesorio del contrato que no puede cambiar su naturaleza. Esto supone que ambos inmuebles son de un valor casi igual. Pero si el saldo es considerable, si es igual ó aun superior al valor del inmueble dado en cambio, ¿será el contrato un cambio y el inmueble recibido en cambio será un propio por entero? Pothier contesta que el contrato es mixto, mezclado de venta y de cambio; en consecuencia, decide que el inmueble será una ganancial en proporción á la suma pagada para adquirirlo, y propio por el valor del inmueble dado en cambio.

¿Deberá admitirse aún esta solución bajo el imperio del Código Civil? Hay acerca de esta cuestión casi tácita, pareceres como autores hay. Creemos que debe uno atenerse al texto; éste prevee el caso de una diferencia de valor entre

1 Angers, 25 de Mayo de 1859 (Dalloz, 1859, 2, 153).

ambos inmuebles y no lo toma en consideración; decide indistintamente y cualquiera que sea el monto del saldo que da lugar solo á una compensación y que el inmueble no deja de ser propio. Se dirá en vano que la distinción resulta de la naturaleza de las cosas. En teoría, sí; el legislador hubiera podido distinguir, pero no lo hizo, y en el silencio de la ley, el intérprete no puede distinguir. En efecto, la distinción en el caso es una de estas disposiciones arbitrarias que solo el legislador puede consagrar. ¿Cuándo cesa el contrato de ser un cambio? ¿Cuándo será mixto? ¿Cuándo por razón de lo módico del saldo habrá venta? Estas son tantas cuestiones que puede resolver solo el legislador, pues los límites son arbitrarios, y pueden ser extendidos más ó menos. En el silencio de la ley, el intérprete no puede hacer lo que el legislador debiera haber hecho; esto sería hacer la ley. (1) Solo admitimos una excepción que resulta de los principios: si hubiese fraude, las partes interesadas estarían admitidas á probar que el pretendido cambio es una venta y que, por consiguiente, el inmueble es una ganancial; el fraude hace excepción á todas las reglas y no pertenece á los cónyuges hacer propio un inmueble que, según la ley de su contrato, debe caer en la comunidad.

358. Una sentencia reciente de la Corte de Casación, se ha pronunciado en el sentido de nuestra opinión, aunque con cierta reserva. Uno de los esposos había sido expropiado, por causa de utilidad pública, de una casa que le era propia. En cambio de este inmueble, la ciudad de Paris le cedió un terreno á condición de construir en él. El valor del terreno era superior en 25,000 francos á la indemnización de expropiación atribuida á los cónyuges, tanto por la casa

1 Toullier, t. VI, 2, pág. 156, núm. 148. Zachariæ, traducción de Massé y Vergé, t. IV. pág. 76, nota 44. Glandaz, *Enciclopedia de derecho*, en la palabra *Comunidad conyugal*, núm. 113. En sentido contrario, Aubry y Rau, t. V, página 301, nota 62, pfo. 507 y las autoridades que citan. Debe agregarse Colmet de Santerre, t. VI, pág. 79, núms. 35 *bis* III y IV. Los autores no están acordes, lo que es inevitable cuando en lugar de atenerse al texto hacen la ley.

como por la mudanza de su industria. Los esposos eran, pues, deudores de un saldo de 25,000 francos. En el reparto de la comunidad y de la sucesión, fué declarado que, conforme á la doctrina de casi todos los autores, la adquisición del terreno debe ser considerada como propio en la proporción del inmueble cedido en cambio á la ciudad, y como ganancial por el saldo; que, en consecuencia, la casa edificada en el terreno pertenece á la sucesión por 63/168, y á la comunidad por 105/168 de la suma de 240,828 francos, monto de los gastos de construcción. La casa fué atribuida á la ciudad en toda propiedad, á cargo de un saldo de 90,949 francos del que le fué conferido el usufructo para compensarla hasta debido pago del legado que le fué hecho. Se presentaron dificultades acerca de los derechos de registro. La recaudación consideró al inmueble como propio por el todo en virtud del art. 1,407, por consiguiente, la atribución á la viuda era una donación en pago, y con este título, sujeta á pagar el derecho de transmisión; el Tribunal del Sena le dió gane en la causa, y en el recurso intervino una sentencia de denegada.

La Corte comienza por hacer constar que la convención intervenida entre la ciudad de Paris y los cónyuges, es un cambio; que el saldo de que fueron cargados los esposos no impide que el inmueble sea un propio por el todo, por consiguiente, la casa construida en el terreno propio al marido, le era también propia á reserva de compensación á la comunidad por los gastos de construcción. Así, la Corte aplica á la letra el art. 1,407, á pesar de la importancia del saldo. Da después explicaciones acerca del acta de reparto que había aplicado la distinción de Pothier, considerando la convención como mixta; mitad cambio, mitad venta, en la proporción del valor estimativo de la casa cedida en cambio y de la importancia del saldo. Procediendo así, dice la Corte, las partes interesadas, la viuda y los herederos del ma-

rido «no han ejercido una facultad que hubiere sido anteriormente reservada por los esposos.» He aquí la reserva: ¿quiere decir que el carácter de la adquisición dependía de las convenciones fijadas por los cocambistas? Esto sería dudoso; en nuestro concepto, los esposos no pueden derogar, durante el matrimonio, al art. 1,407 que está considerado como una cláusula del contrato de matrimonio tácito que han hecho al casarse bajo el régimen de la comunidad. La Corte agrega que á falta de convenciones, el contrato de cambio ha tenido por efecto inmediato el fijar la propiedad del terreno en la persona del marido, lo que hacía de él un propio en su sucesión; de donde la consecuencia que dicho terreno comprendiendo la construcción, no pudo salir de la sucesión sino por una convención translativa de propiedad, lo que somete á la viuda al pago del derecho proporcional por mutación. (1)

Núm. 6. Reemplazo.

359. El marido vende un inmueble que le es propio, después adquiere otro declarando que la adquisición está hecha con dinero procedente de la enajenación del inmueble que le era personal, y para que lo reemplazara. Esta adquisición forma un propio. Lo mismo sucedería si la adquisición hubiera sido hecha con dinero procedente de la venta de un propio de la mujer, si el reemplazo hecho por el marido fuera aceptado por ella (arts. 1,434, 1,435). ¿Por qué y á qué título el reemplazo de un propio constituye un propio? Es porque es una subrogación real, como en el caso de cambio; luego una ficción legal. Importa establecer el principio, porque tiene consecuencias importantes. Cuando el marido adquiere un inmueble declarando que la adquisición se hace con el dinero procedente de la enajenación de un

1 Denegada, Sala Civil, 9 de Agosto de 1870 (Dalloz, 1871, 1, 156).

inmueble que le es propio ó que lo es de su mujer, este inmueble debiera ser una ganancial; en efecto, está adquirido á título oneroso durante el matrimonio. ¿Qué importa que el precio se pague con dinero procedente de la venta de un propio? Cuando el art. 1,401 declara ganancial todo inmueble adquirido durante el matrimonio, no distingue quien pague el precio, y no ha lugar á distinguir. No es aquel que anticipa el dinero el que se hace propietario del inmueble, es aquel que compra, á reserva de indemnización ó compensación; y es la comunidad la que compra, según los términos del art. 1,401; ella es, pues, el propietario á reserva de compensación. Tal es la realidad de las cosas. La ley permite á los esposos derogar, mediante una declaración de reemplazo, substituyendo ó subrogando el inmueble adquirido en reemplazo del propio enajenado, del que toma la naturaleza. He aquí la ficción. El reemplazo es una subrogación real; luego una ficción. (1)

360. ¿Por qué autoriza la ley esta ficción? Por estar fundada en equidad; el esposo tenía un propio, si lo enajena y compra otro con el mismo dinero procedente de la venta, con la intención de que este inmueble le sea propio, es esta una voluntad tan legítima y tan natural, que las personas extrañas al derecho no ven en ello una ficción. Se dirá: si el esposo quiere tener un inmueble propio, ¿por qué vende el que tiene? Lo vende sin duda porque tiene interés en venderlo, y compra otro porque encuentra en ello un beneficio. La ley da en este punto plena libertad á las partes, porque la libertad de transacciones es un elemento de prosperidad para los particulares y una fuente de riqueza para el Estado. Y si el esposo que está interesado en vender un propio no pudiere adquirir otro á título de reemplazo, se estorbaría la venta, y, por consiguiente, la libre circulación de las propiedades inmobiliares, con gran perjuicio de los individuos

1 Aubry y Rau, t. V, pág. 302, pfo. 507.

y de la sociedad. En efecto, el esposo preferiría á menudo guardar su propio que enajenarlo; es verdad que el dinero procedente de la enajenación le sería propio, pero este dinero propio no reemplaza á un inmueble propio, sobre todo para la mujer. El dinero, aunque propio del esposo, cae en la comunidad, á reserva de compensación, la comunidad haciéndose propietaria á título de usufructuaria de las cosas consumibles; el marido, si se trata de dinero de la mujer, adquiere, pues, la libre disposición de él, puede aún disponer de él á título gratuito; mientras que no puede enajenar un propio de la mujer. Los propios inmuebles dan, pues, á la mujer garantías que no le da el dinero propio. La mujer tiene además otro interés en tener inmuebles propios más bien que efectos muebles, y este interés es común con el marido que tiene un propio inmueble. Los inmuebles tienen una ventaja, aumentan regularmente de valor por solo el tiempo que transcurre. He aquí, pues, cual será la posición de los esposos que enajenan un propio; si el propio no está reemplazado, solo tendrán derecho á la compensación del precio, crédito fijo que no aumenta cuando el valor del inmueble que el esposo enajena hubiera aumentado; y si un inmueble fuera comprado con su propio dinero, la comunidad es quien aprovecharía el aumento de valor de dicho inmueble. En estas condiciones el esposo no venderá. Mientras no tenga trabas en sus especulaciones, cuando al vender un propio, sabe que podrá adquirir otro propio en su lugar. (1)

Siendo ventajoso el reemplazo para los esposos, y legítimo con este título, la ley debió admitirlo; bajo el punto de vista legal, el reemplazo vuelve á colocar á los esposos en la situación en que estaban antes de la enajenación: el derecho del esposo propietario y el de la comunidad quedan restablecidos tal cual existían cuando el contrato de matrimonio; y la ley gusta de esta fijeza. Se dirá: ¿Por qué si la ley

1 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 194, núm. 79 *bis* II.

favorece el reemplazo lo somete á condiciones tan rigurosas? ¿por qué no admitir la subrogación de derecho pleno en materia de cambio? El reemplazo de pleno derecho, siendo admitido por algunas costumbres, sin duda como garantía para la mujer, los esposos quedan libres para estipularlo, pero el legislador ha hecho bien en no haberlo establecido de pleno derecho, pues puede suceder que la nueva adquisición no convenga á la mujer. Había también necesidad de evitar el fraude. Los acreedores de la comunidad y del marido no tienen acción en los propios inmuebles de la mujer; el legislador debió preveer que los esposos pudieran crearse propios ficticios, en el sentido de que substraerían á los acreedores valores que forman su prenda; fué para evitar estos fraudes como la ley prescribe condiciones severas para el reemplazo. (1) Estas varían según que el reemplazo se hace por el marido ó por la mujer.

1. Del reemplazo hecho para el marido.

361. La primera condición requerida para que haya reemplazo, es que un propio del marido haya sido enajenado, pues el reemplazo no tiene otro objeto que el de reemplazar un propio enajenado. Otra es la cuestión de saber si el reemplazo puede preceder á la enajenación. Esto es lo que se llama el reemplazo anticipado. Este reemplazo se practicaba en el derecho antiguo, y ha permanecido en nuestros usos, lo que prueba que los esposos pueden estar interesados en hacerlo. Uno de los esposos se propone enajenar un propio. Se presenta una oportunidad para hacer una adquisición ventajosa que le serviría de reemplazo, pero las circunstancias no permiten hacer á tiempo la enajenación del propio. ¿Podrá el esposo estipular que adquiere el inmueble como reemplazo del propio que enajenará? Hay un motivo

1 Troplong, t. I, pág. 334, núm. 115.

para dudar; el reemplazo anticipado no está en los términos de la ley; esto es seguro, pues el art. 1,434 exige que cuando la adquisición del inmueble, el marido declara que ésta se hace con el dinero procedente de la enajenación del inmueble que le era personal; luego la enajenación debe ser consumada antes que el reemplazo se haga. ¿Puede concebirse, dice Toullier, que se reemplace un propio que todavía existe en el patrimonio del marido? Esto parece contrario al sentido común, como lo dice Odier. (1) Sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia se pronuncian por la opinión contraria. Creemos que la opinión general se concilia con el texto y con el espíritu de la ley. Pero importa precisar los verdaderos motivos para decidir.

El texto dice: *el dinero procedente de la enajenación.* Esto quiere decir que debe haber enajenación: es preciso que la haya para que pueda haber reemplazo. ¿Cuándo debe hacerse esta enajenación? La ley supone que la enajenación está consumada en el momento en que se hace la declaración de reemplazo. ¿Es esta suposición una condición? Los términos de la ley no lo dicen; la ley supone lo que habitualmente se hace, pero no hace de ello una condición; no había ninguna razón de apartarse en este punto de la tradición. (2) ¿Qué importa el momento en que salga el inmueble del patrimonio del esposo, con tal que salga de él? ¿Y qué importa, por consiguiente, que el reemplazo se haga antes ó después, con tal que se haga para tomar el lugar de un propio enajenado? A decir verdad, el reemplazo anticipado es solo un reemplazo condicional; declaro hoy adquirir un inmueble á título de reemplazo, de tal inmueble que me propongo enajenar. Si enajeno, todas las condiciones prescriptas para el reemplazo, se hallan cumplidas; he enajenado un propio y he empleado el dinero en adquirir otro propio. Si no enajeno mi propio, no hay reemplazo, esto no necesita decirse. (1)

1 Toullier, t. VI, 2, pág. 322, núm. 370. Odier, t. I, pág. 309, núm. 326.
2 Poitiers, 19 de Julio de 1825 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 1,442).

La jurisprudencia está en este sentido, pero no está muy precisa. Se lee en una sentencia de la Corte de Casación, que el reemplazo anticipado no ofende á la moral ni al orden público. (2) Nó, seguramente; nadie ha dicho nunca lo contrario. Pero ahí no está la dificultad. Se trata de saber si una de las condiciones del reemplazo es que la enajenación del propio preceda al reemplazo. Hay una sentencia de la Corte de Paris que insiste en los inconvenientes que presenta el reemplazo anticipado: la naturaleza de la propiedad, dice la sentencia, queda insegura, puesto que depende de una condición de la que no puede preverse el fin. (3) Nos parece que el motivo se vuelve contra la sentencia que se apoya en él. Sí, el reemplazo anticipado es un reemplazo condicional, y, por tanto, inseguro. Pero, ¿no pasa lo mismo con todas las condiciones? Aun hay más; el reemplazo, cuando se hace para la mujer, es siempre inseguro, puesto que depende de la aceptación de esta última, y puede aceptar hasta la disolución de la comunidad; si la ley hubiera querido fijar inmediatamente la naturaleza de la propiedad, hubiera debido admitir el reemplazo de derecho pleno. Tal no es el sistema de nuestro Código; desde luego, la incertidumbre es inevitable. Después de todo, los inconvenientes que resultan de una disposición de la ley son una objeción con dirección al legislador; el intérprete no debe hacer caso de ella.

Hay otra sentencia que distingue: el marido no puede hacer reemplazo anticipado, mientras sí lo puede hacer la mujer. Esta distinción, aprobada por Troplong, es enteramente

1 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 199, núm. 79 *bis* VIII. Rodière y Pont, t. I, pág. 583, núm. 677. Marcadé, t. V, pág. 474, núm. 4 del artículo 1,434.
2 Denegada, 23 de Noviembre de 1826 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 751).
3 Paris, 27 de Enero de 1820 (Dalloz, *Contrato de matrimonio*, núm. 1,444).

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

arbitraria, descansa en consideraciones de hecho que el juez no puede tomar en cuenta. El marido venderá si la adquisición que ha hecho en reemplazo anticipado se encuentra ser ventajosa, y no venderá si la adquisición resulta mala. (1) Esto es verdad; pero esto solo prueba una cosa, y es que el legislador hubiera debido organizar el reemplazo anticipado sometiéndolo á ciertas condiciones. De que la ley está mal hecha, no debe deducirse que no hay ley.

362. Una segunda condición requerida para que haya reemplazo, es que la adquisición esté hecha de un inmueble con declaración que el dinero procede de la enajenación del inmueble enajenado; este dinero es propio y ocupa el lugar del propio enajenado; si la adquisición de reemplazo pudiera hacerse con otro dinero, resultaría que el esposo tendría dos propios en reemplazo del que enajena, el dinero y el inmueble comprado; substraería, pues, á la comunidad un valor que pertenece á ésta para hacerse un propio, lo que es contrario á todos los principios.

La segunda condición da lugar á varias dificultades. Se pregunta desde luego si es necesario que el dinero haya sido entregado á la comunidad. La negativa es segura; todo cuanto exige la ley es que el dinero *proceda* de la enajenación del inmueble propio al esposo; poco importa que haya sido entregado ó no á la comunidad. Mientras no ha sido entregado, queda propio del esposo; luego el inmueble está comprado con dinero del esposo. Cuando este dinero ha sido entregado, se vuelve propiedad de la comunidad, pero á reserva de recompensa; es decir, de restitución; ésta se hace bajo la forma de reemplazo. En este sentido, el artículo 1,470 dice que el esposo toma de la masa divisible el precio de sus inmuebles que han sido enajenados durante la comunidad y de los que no se hizo reemplazo. (2)

1 Angers, 6 de Marzo de 1844 (Dalloz, 1845, 2, 56). Troplong, t. I, pág. 342, núm. 1,154.

2 Denegada, 6 de Enero de 1858 (Dalloz, 1858, 1, 40).

¿Es necesario que el dinero procedente de la enajenación haya sido pagado al vendedor del inmueble adquirido como reemplazo? La respuesta es también negativa por el mismo motivo, es que la ley no exige esta condición, se conforma con la declaración de que hay dinero procedente de la enajenación y que este dinero es con lo que se paga la adquisición. Desde que se hace esta declaración, hay reemplazo; la ley no pudo exigir más, porque las partes deben gozar de libertad en las transacciones inmuebles, si no, en lugar de favorecerlas se les entorpecerían. Es raro que el precio se pague en el momento mismo de la adquisición, puede suceder que las partes no traten al contado; así, la ley no exige que el precio se pague cuando la adquisición con el dinero propio; esto sería hasta imposible en muchos casos cuando la adquisición se hace mucho tiempo después de la venta del propio; el esposo puede no poder disponer de él en el momento en que adquiere el inmueble en reemplazo. (1)

Se sigue de esto que el pago no debe hacerse con el mismo dinero que el esposo recibió al enajenar su propio. El Código no lo exige, y no hay razón para exigirlo. El Código favorece el reemplazo, puesto que crea una ficción para hacerlo posible. Y lo hubiese hecho á menudo imposible si hubiera prescripto que el pago se hiciera con el mismo dinero que fué pagado al esposo. ¿Por qué vende uno de los esposos? Ordinariamente para auxiliar á la comunidad que necesita dinero, luego se hace el reemplazo; la ley se manifiesta más exigente en la subrogación prevista por el artículo 1,250, núm. 2, así como en los casos de los arts. 2,102 2.° y 2,102, 5.° Acabamos de dar los motivos de esta excepción: la ley favorece el reemplazo, y ha debido tener en cuenta las necesidades de la comunidad, si no la facultad que concede hubiese sido poco menos que inútil. (2)

1 Misma sentencia.

2 Aubry y Rau, t. VI, pág. 239, nota 11, pfo. 575. Colmet de Santerre, tomo VI, pág. 202, núm. 79 *bis* XI.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

363. ¿Será necesariamente preciso que el dinero propio proceda de la enajenación de un propio inmueble? El esposo puede tener otro dinero propio. Tal es el dinero dado con cláusula de que no entrará en la comunidad. El esposo donatario ¿puede comprar un inmueble con este dinero con declaración de reemplazo? Creemos que este reemplazo no puede hacerse. A decir verdad, ni siquiera puede aquí tratarse de reemplazo. La palabra *reemplazo* lo prueba; implica que un propio inmueble está reemplazado por otro propio inmueble, hay *empleo*, no hay *reemplazo*; para que el empleo hecho en muebles fuese propio del esposo á quien pertenece el dinero, se necesitaría una disposición terminante de la ley, pues esto sería una ficción, siendo la realidad que el inmueble adquirido á título oneroso se vuelve ganancial; y la ley no consagra esta ficción, lo que es decisivo. Se invocaría en vano el art. 1,434 para aplicarlo por analogía; esta disposición consagra la ficción del *reemplazo*; no puede extenderse á la ficción del *empleo*, lo que conduce á crear una ficción que la ley ignora. (1)

Se pretende que el texto que decimos no existir, se encuentra en el art. 1,470, y también se invoca el art. 1,595. Según el art. 1,470, los esposos toman de la masa repartible, 1.° sus propios si existen en naturaleza, ó los bienes que han sido adquiridos como reemplazos; 2.° el precio de los inmuebles enajenados durante la comunidad y de los que no se ha hecho reemplazo. Se dice que esta disposición no distingue si el reemplazo ha sido hecho con el dinero procedente de un inmueble propio, ó con otro dinero propio también; hay, pues, reemplazo en todos los casos. (2) Contestamos que las condiciones del reemplazo no están determinadas en el art. 1,470, que lo están en los artículos 1,434 y 1,435; en cuanto al art. 1,470, su único objeto es determinar el reparto; y nunca debe hacerse decir á la ley lo que el legislador no entendió decidir. El art. 1,470 supone que hay reemplazo: ¿Cuándo hay reemplazo? Son los arts. 1,434, 1,435 los que contestan á la cuestión. Se insiste, no obstante, en el art. 1,470, y se dice que el núm. 1 habla de *bienes* que han sido reemplazados, mientras que el núm. 2 habla de *inmuebles*; la palabra *bienes*, más general, comprende también á los *muebles*, y debe entenderse así, si no el núm. 2 solo repetiría la disposición del núm. 1. (1) Contestamos que los núms. 1 y 2 del art. 1,470 tienen un objeto diferente: el primero habla de lo que se vuelve á tomar en naturaleza, el segundo de lo que se toma en precio; si se pretende que el núm. 1 es aplicable á los muebles y á los inmuebles, mientras que el segundo solo se aplicaría á los inmuebles, se llega á esta absurda consecuencia, que el esposo que tiene muebles propios no tendrá el derecho á tomar el precio si estos muebles hubiesen sido enajenados, pues el núm. 2 no prevee el caso de la devolución del mobiliar vendido. Este nos enseña en qué orden de ideas los autores del Código han escrito el art. 1,470; no se han preocupado sino de los inmuebles, aunque haya también muebles propios; si hubiesen pensado en los muebles, debieron haberlos comprendido también en el núm. 2 y, por consiguiente, emplear en este número, como en el núm. 1, la expresión general *bienes*. En definitiva, el art. 1,470 debe ser apartado como extraño á nuestra cuestión. (2)

El art. 1,595, que también se invoca, (3) dice en qué casos la venta está permitida entre esposos; el núm 2 está concebido así: «El contrato de venta puede tener lugar entre esposos en el caso en que la cesión de bienes que el marido hace á su mujer, tiene una causa legítima, tal como el reem-

1 Compárese Duranton, t. XIV, pág. 525, núm. 389.
2 Morlon dice que el art. 1,470 quita toda duda (t. III, pág. 69, 2.° número 166 *ter*.)

1 Paris, 9 de Julio de 1841 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 1,476).
2 Rennes, 12 de Diciembre de 1846 (Dalloz, 1847, 2, 199).
3 Troplong, t. I, pág. 343, núm. 1,156.

plazo de sus inmuebles enejenados, ó del *dinero* que le pertenece, si estos inmuebles ó *dinero* no caen la comunidad.»

En apariencia, el art. 1,595 es decisivo, puesto que admite el reemplazo del *dinero propio*. En realidad, la ley prevee un caso enteramente especial. Desde luego, el lenguaje del artículo es inexacto cuando habla del reemplazo del *dinero* y que lo coloca en la misma línea que el de los *inmuebles enajenados*; se *emplea* el dinero y no se le reemplaza. En seguida, la ley no prevee el reemplazo propiamente dicho, ni aun en lo que concierne á los inmuebles propios enajenados. Cuando el marido es deudor del precio de los propios de la mujer que han sido enajenados, la ley le permite pagar esta deuda, cediendo un inmueble á la mujer en pago de lo que le debe. Esta venta bajo forma de donación en pago, no está sometida á las condiciones que el art. 1,425 exige para el reemplazo hecho en nombre de la mujer; no es, pues, un reemplazo propiamente dicho y no produce tampoco sus efectos. En el caso del art. 1,470, hay venta, y, por consiguiente, la mujer solo se vuelve propietaria en el momento en que la venta se perfecciona. El reemplazo al contrario, retrotrae, como lo vamos á decir, en el sentido de que la mujer es propietaria del inmueble adquirido en reemplazo desde el día en que su marido hizo la adquisición con declaración de reemplazo De ahí consecuencias muy importantes en cuanto á los derechos que han adquirido los terceros en el inmueble cedido á la mujer entre la adquisición del marido y la cesión que hace de él á su mujer. La mujer debe respetar estos derechos en el caso del art. 1,595, y no debe respetarlos en el caso del art. 1,435. (1)

Se hace otra objeción á la opinión que hemos enseñado; bueno es mencionarla porque se nos ha de hacer repetidas veces. Se dice que es una interpretación judaica. (2) Este es

1 Aubry y Rau, t. V, pág. 304, nota 71. Colmet de Santerre, t. VI, página 201, núm. 79 *bis* X.

2 Mourlon, *Repeticiones*, t. III, pág. 69, núm. 160 *ter*.

el reproche que se gusta dirigir á los que se agregan á la letra de la ley; es merecido cuando ateniéndose á la letra de la ley, se le hace decir lo contrario de lo que pretendió decir. Pero en el caso, se olvida que se trata de interpretar una ficción legal, y estas ficciones son esencialmente de estricta interpretación. Troplong agrega que no debe violentarse la voluntad de las partes. (1) Contestaremos que el reemplazo no depende de la voluntad de las partes, la ley es la que reglamenta las condiciones, y se necesitó una ley para permitir á los esposos transformar en propio un inmueble que, en virtud de su contrato tácito, debía ser una gananciał. La ley es, pues, la única que deba considerarse en esta materia, y á ella es á quien no debe hacerse violencia, como se hace en la opinión que combatimos. (2)

La jurisprudencia está dividida. (3) Hay sentencias de las cortes de Rennes y de Douai en el sentido de nuestra opinión. La de la Corte de Douai agrega una consideración á las que hemos hecho valer. ¿Por qué no permitir, se dice, el reemplazo de los muebles propios cuando se permite el de los inmuebles? La cuestion se dirige al legislador que probablemente no lo pensó, porque regularmente no hay propios muebles bajo el régimen de la comunidad legal. Se puede, sin embargo, dar una razón de la diferencia que pone la ley entre los propios muebles é inmuebles. La subrogación de un inmueble á otro inmueble no trae ningún cambio en los respectivos derechos de la comunidad y de los esposos; solo vuelve á establecer el estado de las cosas tal cual existía antes de la enajenación. Muy diferentemente sería con el reemplazo del dinero propio, traería un cambio á la situación de los esposos; aquel de los esposos que tiene dinero

1 Troplong, t. I, pág. 342, núm. 1,157.

2 Véase, en sentido contrario, Aubry y Rau, t. V, pág, 309, nota 88, párrafo 507 y las autoridodes que citan.

3 Véase, en el sentido de la opinión general, una sentencia bien motivada de la Corte de Tolosa, de 27 de Mayo de 1844 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 1,474).

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

propio era acreedor de la comunidad, se volvería por el reemplazo propietario de un propio inmueble. El marido podrá disponer del dinero propio de la mujer; podrá servirse de él en sus empresas agrícolas, industriales ó mercantiles, mientras que no podrá disponer de los inmuebles adquiridos en reemplazo. Hay, pues, razones para no admitir el reemplazo del dinero. (1)

364. No basta que el marido haga una adquisición con dinero procedente de la enajenación de un inmueble que le era propio; es necesario que lo declare. Así, el hecho solo sería inoperante. La razón de esto es sencilla; el legislador no impone el reemplazo, lo permite; el marido está, pues, en libertad de hacer el reemplazo ó no hacerlo con el precio que recibió, y aunque esté resuelto á emplear el dinero, tiene el derecho de elección de las adquisiciones. Una ocasión se presenta para hacer una adquisición ventajosa para la comunidad; el marido la hace con su dinero propio, á reserva de hacer más tarde un reemplazo para sí, cuando se presente oportunidad. La ley no podía, pues, conformarse con el hecho de que un inmueble fué adquirido por el marido con su dinero propio para declarar este inmueble un propio; hubiera arriesgado atribuir al marido un inmueble que hubiese comprado para la comunidad. De ahí la necesidad de una declaración (2) de empleo; es decir, de una manifestación de la voluntad del marido.

¿En qué debe consistir esta declaración? Acerca de este punto la ley está muy explícita. Según el art. 1,334, el marido debe declarar que la adquisición se hizo con el dinero de la enajenación del inmueble que le era propio, y para servirle de reemplazo. Así, se necesita una doble declaración: la primera tiene por objeto hacer constar el origen del dinero; la segunda hace constar la intención de hacer un reemplazo. Este punto ha sido contestado, sin embargo, á pesar de la evidencia del texto. El artículo se sirve de la conjunción *y*; se pretende que la conjunción está tomada aquí por la disyuntiva *o*, y para interpretar así la ley corrigiéndola, se prevalecen de la autoridad de Pothier, quien efectivamente se sirve de la disyuntiva *o*. Puesto que en el antiguo derecho una de las dos declaraciones bastaba, se concluye que, en una materia tradicional, se debe explicar el Código por la tradición. Se ha contestado, y la respuesta es decisiva, que el derecho antiguo exigía una doble declaración; los testimonios son positivos y no dejan ninguna duda. El mismo Pothier no dice lo contrario en términos formales. Después de todo, cualquiera que sea nuestro respeto para la autoridad de Pothier, respetamos más aún á la ley; y el Código está terminante; exige dos declaraciones, y no las exige para la subrogación real del art. 1,434, las prescribe en todos los casos en los que se trata de subrogaciones personales; quiere siempre que se mencione primero el origen del dinero, y luego el destino del empleo que se hace de él. Nos limitaremos á recordar la subrogación convencional del artículo 1,250, núm. 2. El deudor pide una suma prestada para pagar su deuda subrogando al prestador en los derechos del acreedor. ¿Basta para que haya subrogación que el acta mencione, ya sea el origen del dinero que sirve para pagar al acreedor, ya la intención de subrogar al prestador al acreedor primitivo? Nó; es necesario que el acta diga que la suma ha sido solicitada para hacer el pago, y es necesario que el recibo declare que el pago fué hecho con dinero ministrado á este efecto por el nuevo acreedor. Misma disposición en el art. 2,103. Este es, pues, un sistema general del Código, lo que no deja ninguna duda acerca del sentido del art. 1,434.

1 Douai, 2 de Abril de 1846 (Dalloz, 1847, 2, 198). La Corte ha modificado su jurisprudencia. Véase la sentencia de 15 de Julio de 1861 (Dalloz, 1862, 2, 159).

2 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 194, núm. 79.

La jurisprudencia de la Corte de Casación está en este sentido; decidió en una sentencia de principio que se necesita una doble declaración para que haya reemplazo. En regla general, dice la Corte, todas las adquisiciones á título oneroso hechas durante el matrimonio son gananciales; por derogación á esta regla, ciertas adquisiciones, aunque hechas durante el matrimonio, constituyen propios. Estas son excepciones; luego de estricta interpretación. Tal es el reemplazo.

Pero la derogación está sometida por la ley á reglas precisas, y el reemplazo especialmente no puede resultar sino de la doble declaración de que la nueva adquisición fué hecha con dinero propio del marido y que se hizo para servir de reemplazo. En el caso, el origen del dinero constaba, pero nada se decía en cuánto á la intención de hacer el reemplazo; la Corte de Paris había, no obstante, admitido el reemplazo: su sentencia fué casada. (1)

Se concibe que la única declaración del origen del dinero no basta para que haya subrogación, y, por consiguiente, reemplazo, pues esta mención pudo haber sido hecha para hacer constar que el dinero fué empleado sin que el marido quisiera hacer la adquisición por su cuenta. Pero cuando el marido declara que el inmueble está destinado á servir de reemplazo al precio procedente de un propio enajenado, debiera haber reemplazo sin que deba agregar una indicación del origen del dinero. La ley hubiera podido conformarse con semejante declaración, pero exige tan positivamente una declaración distinta para el origen del dinero, que debe decidirse, en nuestro concepto, que si no se hace tal declaración, no hay reemplazo. Esto es riguroso, pero en materia de ficciones todo es de rigor. Debe agregarse que el objeto de la ley es prevenir el fraude. Razón más para que la ley

1 Casación, 20 de Agosto de 1872 (Dalloz, 1872, 1, 406). En el mismo sentido, Denegada, 23 de Mayo de 1838 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 1,407).

se demuestre severa, y el intérprete debe poner mucho rigor en interpretar una ley rigurosa. (1)

365. ¿En qué términos debe ser hecha la declaración? No hay testimonios sacramentales, esto se comprende; pero es necesaria una declaración, lo que implica una mención expresa; es decir, hecha por palabras, ya sea con los términos de que la ley se sirve, ó términos equivalentes, esto es indiferente; pero se necesitan términos que expresen la mente de la ley. La Corte de Bruselas ha sentenciado que una *declaración tácita* no sería suficiente. Esto es confundir el *consentimiento* con la *declaración*; se puede consentir tácitamente, pero no concebimos que se *declare* alguna cosa *tácitamente*, pues *declarar* es expresar una intención con palabras; es, pues, contradictorio en los términos hablar de una declaración tácita. La Corte invoca el derecho antiguo; según los mejores autores, dice, que han escrito acerca de las costumbres en las que la mención del reemplazo era requerida, el reemplazo estaba suficientemente establecido cuando la nueva adquisición se hacía en el momento mismo de la enajenación con el dinero procedente de los propios enajenados, ó poco tiempo después. (2) Basta cofrontar esta opinión con el texto para convencerse que bajo el imperio del Código no puede ya tratarse de un reemplazo tácito. La Corte de Casación de Francia se ha expresado más exactamente, pero no con la suficiente precisión, diciendo que la declaración debe hacerse, si no en términos expresos, cuando menos de una manera no equívoca. (3)

366. ¿Cuándo debe el marido hacer la declaración de reemplazo? El artículo quiere que haga la declaración *cuando la*

1 Rodière y Pont, t. I, pág. 565, núm. 658. En sentido contrario, Aubry y Rau, t. V, pág. 303, nota 70, pfo. 507.

2 Bruselas, 11 de Junio de 1824 (*Pasicrisia*, 1834, 2, 136).

3 Casación, 20 de Agosto de 1872 (Dalloz, 1872, 1, 406). La Corte de Casación de Bélgica dice: "La declaración no debe ser enunciada en términos sacramentales: basta que indique el origen del dinero empleado para pagar el precio y la voluntad de hacer un reemplazo, de modo que no deje ninguna duda á este respecto." (Denegada, 10 de Abril de 1856, *Pasicrisia*, 1856, 1, 241).

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

adquisición del inmueble que compra para servirle de reemplazo. Pothier, de quien se tomó esta disposición, da de ello una razón de derecho que es perentoria. La declaración, dice, debe hacerse en el contrato de adquisición de la heredad nuevamente adquirida; no puede hacerse más tarde, pues á falta de declaración de reemplazo, el inmueble se hace una ganancial, y la comunidad no podría, mediante posterior declaración, ser privada de una cosa que hubiese adquirido una primera vez. (1) Hay además otro motivo de hecho que justifica la condición exigida por el art. 1,434. Si el marido pudiera hacer la declaración de reemplazo posteriormente á la adquisición, especularía á expensas de la comunidad, guardando el inmueble para sí cuando la adquisición resultase ventajosa, y la dejaría por cuenta de la comunidad cuando fuese mala. La ley hubiera debido derogar al principio para admitir una declaración posterior; y seguramente no lo podía hacer para favorecer los cálculos interesados del marido. (2)

367. Si las condiciones prescriptas para el reemplazo no han sido observadas, el inmueble será una ganancial, pues desde que no se está en la excepción, se entra en la regla, y la regla es que todo inmueble adquirido durante el matrimonio, entra en la comunidad (art. 1,401). Cualquiera persona puede prevalecerse de la inobservación del art. 1,434, no solo el cónyuge, sino también los terceros. Esto es el derecho común; las convenciones matrimoniales tienen efecto para con los terceros, en el sentido de que los terceros pueden prevalecerse de la composición activa de la comunidad, lo que determina el patrimonio propio de los esposos. La cuestión presenta considerable interés cuando se trata del reemplazo de un propio de la mujer, puesto que el marido no puede disponer de los propios inmuebles de la mujer,

1 Pothier, *De la comunidad*, núm. 198.
2 Duranton, t. XIV, pág. 527, núm. 392. Bourges, 23 de Abril de 1837 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 1,411).

mientras puede disponer de las gananciales. Aun en lo que se refiere al marido, importa saber si el inmueble le es propio; en este caso, podrá darlo, mientras no puede disponer de una ganancial á título gratuito. Cualquiera parte interesada puede sostener que el inmueble es ganancial ó propio.

II. De las condiciones requeridas para el reemplazo hecho para la mujer.

368. El art. 1,435 dice que la declaración del marido de que la adquisición se hace con dinero procedente del inmueble vendido por la mujer y para servirle de reemplazo, no basta si este reemplazo no ha sido terminantemente aceptado por la mujer. Sigue de esto que regularmente el marido es quien adquiere el inmueble comprado para servir de reemplazo á la mujer y que él es quien hace la declaración de reemplazo. Esta es una consecuencia del derecho que el marido tiene en los bienes de la mujer, bajo el régimen de la comunidad legal. El es administrador de sus bienes; luego mandatario legal investido con poder para hacer todos los actos de administración en nombre de la mujer; y comprar es un acto de administración, el mejor empleo que pueda hacer el marido en interés de la mujer, con el dinero que le es propio. Es, pues, natural que el marido intervenga cuando se trata de reemplazar dinero procedente de la enajenación de un propio de la mujer. ¿Quiere esto decir que la mujer no pueda hablar en el contrato? Es seguro que la mujer puede comprar con la autorización de su marido, y en su nombre propio, un inmueble para que le sirva de reemplazo de aquel que vendió; este inmueble será un propio de la mujer si ésta hace la doble declaración prescripta por la ley. Este es el medio más sencillo de hacer el reemplazo; la mujer no necesita, en este caso, de aceptar la adquisición á título de reemplazo, puesto que lo estipuló ella misma.

369. El art. 1,435, dice: «la declaración del marido,» etc.

adquisición del inmueble que compra para servirle de reemplazo. Pothier, de quien se tomó esta disposición, da de ello una razón de derecho que es perentoria. La declaración, dice, debe hacerse en el contrato de adquisición de la heredad nuevamente adquirida; no puede hacerse más tarde, pues á falta de declaración de reemplazo, el inmueble se hace una ganancial, y la comunidad no podría, mediante posterior declaración, ser privada de una cosa que hubiese adquirido una primera vez. (1) Hay además otro motivo de hecho que justifica la condición exigida por el art. 1,434. Si el marido pudiera hacer la declaración de reemplazo posteriormente á la adquisición, especularía á expensas de la comunidad, guardando el inmueble para sí cuando la adquisición resultase ventajosa, y la dejaría por cuenta de la comunidad cuando fuese mala. La ley hubiera debido derogar al principio para admitir una declaración posterior; y seguramente no lo podía hacer para favorecer los cálculos interesados del marido. (2)

367. Si las condiciones prescriptas para el reemplazo no han sido observadas, el inmueble será una ganancial, pues desde que no se está en la excepción, se entra en la regla, y la regla es que todo inmueble adquirido durante el matrimonio, entra en la comunidad (art. 1,401). Cualquiera persona puede prevalecerse de la inobservación del art. 1,434, no solo el cónyuge, sino también los terceros. Esto es el derecho común; las convenciones matrimoniales tienen efecto para con los terceros, en el sentido de que los terceros pueden prevalecerse de la composición activa de la comunidad, lo que determina el patrimonio propio de los esposos. La cuestión presenta considerable interés cuando se trata del reemplazo de un propio de la mujer, puesto que el marido no puede disponer de los propios inmuebles de la mujer,

1 Pothier, *De la comunidad*, núm. 198.
2 Duranton, t. XIV, pág. 527, núm. 392. Bourges, 23 de Abril de 1837 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 1,411).

mientras puede disponer de las gananciales. Aun en lo que se refiere al marido, importa saber si el inmueble le es propio; en este caso, podrá darlo, mientras no puede disponer de una ganancial á título gratuito. Cualquiera parte interesada puede sostener que el inmueble es ganancial ó propio.

II. De las condiciones requeridas para el reemplazo hecho para la mujer.

368. El art. 1,435 dice que la declaración del marido de que la adquisición se hace con dinero procedente del inmueble vendido por la mujer y para servirle de reemplazo, no basta si este reemplazo no ha sido terminantemente aceptado por la mujer. Sigue de esto que regularmente el marido es quien adquiere el inmueble comprado para servir de reemplazo á la mujer y que él es quien hace la declaración de reemplazo. Esta es una consecuencia del derecho que el marido tiene en los bienes de la mujer, bajo el régimen de la comunidad legal. El es administrador de sus bienes; luego mandatario legal investido con poder para hacer todos los actos de administración en nombre de la mujer; y comprar es un acto de administración, el mejor empleo que pueda hacer el marido en interés de la mujer, con el dinero que le es propio. Es, pues, natural que el marido intervenga cuando se trata de reemplazar dinero procedente de la enajenación de un propio de la mujer. ¿Quiere esto decir que la mujer no pueda hablar en el contrato? Es seguro que la mujer puede comprar con la autorización de su marido, y en su nombre propio, un inmueble para que le sirva de reemplazo de aquel que vendió; este inmueble será un propio de la mujer si ésta hace la doble declaración prescripta por la ley. Este es el medio más sencillo de hacer el reemplazo; la mujer no necesita, en este caso, de aceptar la adquisición á título de reemplazo, puesto que lo estipuló ella misma.

369. El art. 1,435, dice: «la declaración del marido,» etc.

Esta es la doble declaración de que habla el art. 1,434; la mujer está sometida á las mismas condiciones que las que el marido hace por su cuenta. En lo que se refiere al origen del dinero y su destino, la ley lo dice repitiendo lo que está dicho en el art. 1,434. Hay, sin embargo, una diferencia en la redacción, que da lugar á una controversia: el art. 1,435 no repite que la declaración de empleo debe ser hecha cuando la adquisición del inmueble. De ahí un motivo de duda. Creemos que la declaración de reemplazo para la mujer debe ser hecha cuando la adquisición, como para el marido. Los principios y la tradición están en este sentido. Pothier no hace ninguna diferencia entre el marido y la mujer, y bajo el punto de vista de derecho, no había lugar á distinguir. Acabamos de decir que el motivo jurídico de la condición exigida por el art. 1,434, se aplica literalmente á la mujer. El marido compra un inmueble con dinero procedente de la venta de un propio de la mujer sin hacer ninguna declaración; este inmueble se vuelve ganancial, ya no puede ser quitado de la comunidad por una declaración posterior del marido. Se opone el silencio del art. 1,435; contestamos que el art. 1,435 solo reproduce el art. 1,434 en lo que se refiere á la declaración de reemplazo; hay, pues, que interpretar el art. 1,435 por el art. 1,434; si el art. 1,435 no reproduce literalmente el art. 1,434 es porque esto era inútil, siendo el art. 1,435 la continuación del art. 1,434 y refiriéndose á él en cuanto á las condiciones generales del reemplazo; el único objeto del art. 1,435 es disponer que estas condiciones generales no bastan y que se necesita además la aceptación de la mujer. Se objeta que los motivos para los que la ley exige que el marido haga su declaración cuando la adquisición, cuando el reemplazo se hace para él, no existen cuando se trata del reemplazo hecho para la mujer; en efecto, el marido no puede especular á expensas de la comunidad cuando adquiere un inmueble en reemplazo de

un propio de la mujer, pues de él no depende que haya reemplazo, se necesita la aceptación de la mujer. Esto es verdad, pero este motivo es solo secundario, Pothier ni siquiera lo alega; su razón única para decidir es que el inmueble hecho ganancial á falta de declaración, no puede ser cambiado en propio, y esta razón se aplica tanto al reemplazo del marido como al de la mujer; lo que es decisivo. Se opone el art. 1,595: en el caso previsto por este artículo, se dice, hay reemplazo aunque la cesión que ocupa el lugar de la declaración sea posterior á la adquisición del inmueble; resulta de esto invenciblemente que la declaración del marido puede intervenir sólo después de la adquisición. Hemos contestado de antemano (pág. 447) á la objeción: la cesión del art. 1,595 no es un reemplazo; no se puede, pues, prevalecer de esta disposición para inducir lo que debe ó no debe hacerse en materia de reemplazo. (1)

370. La declaración de reemplazo hecha por el marido, no basta, dice el art. 1,435; es necesario, además, que el reemplazo haya sido aceptado terminantemente por la mujer. Esto es la reproducción de lo que dice Pothier: la declaración del marido, dice, no es suficiente para que el inmueble se vuelva propio por subrogación; es menester, además, que la mujer consienta en que esta heredad le sirva de reemplazo. Por este consentimiento que ella da, la heredad se hace, por subrogación, un propio de la mujer. (2) ¿Por qué debe la mujer aceptar el reemplazo, ó como lo dice Pothier, consentir á que el inmueble le sea propio? Se contesta de ordinario que la mujer no puede volverse propietaria sin su consentimiento. La razón es mejor de hecho que en derecho. Sin duda, nadie puede volverse propietario sin consentirlo. Pero la mujer no adquiere, á pesar suyo, cuan-

1 Pothier, *De la comunidad*, núms. 198-199. Aubry y Rau, t. V, pág. 304, nota 71. Troplong, t. I, pág. 335, núm. 1,122. Colmet de Santerre, t. VI, página 200, núm. 79 *bis* IX. En sentido contrario, Rodière y Pont, t. I, pág. 569, núm. 663.

2 Pothier, *De la comunidad*, núm. 199.

do adquiere por el intermedio de su marido que es su mandatario legal. Si la ley hubiera admitido todas las consecuencias de este mandato, hubiese podido decidir que la adquisición hecha por el marido en nombre de la mujer, basta para que un inmueble sea propio de esta última. Pero el mandato legal, en el caso, es una consecuencia del poder marital y de la subordinación en que se encuentra la mujer casada bajo el régimen de la comunidad. No es, pues, un mandato enteramente libre. De esto resulta que la ley no pudo considerar todo cuanto haga el marido como hecho por la mujer. El inmueble que el marido adquiere en reemplazo de un propio de la mujer puede no convenir á ésta; es, pues, de justicia que no esté obligada á aceptarlo.

371. Hay grandes dificultades acerca del punto de saber lo que es la aceptación de la mujer y cuáles efectos produce. Unos dicen que el marido, al declarar adquirir el inmueble en reemplazo para la mujer, es su gerente de negocios que, por consiguiente, la aceptación de la mujer es la ratificación de lo que el marido ha hecho por ella y en su nombre. Otros pretenden que el marido hace á la mujer un ofrecimiento que ésta puede aceptar ó repudiar. Diremos más adelante cuáles son las consecuencias prácticas que resultan de estas teorías; por ahora se trata de precisar la aceptación. La condición de aceptación está tomada del derecho antiguo que es necesario consultar. Se ratifica lo que otro ha hecho en nuestro nombre y sin mandato por nuestra parte; la ratificación equivale al mandato, de manera que la mujer, al ratificar el reemplazo, está como si hubiera sido parte en el contrato, de donde se sigue que el reemplazo retrotrae al día de la adquisición; el inmueble habrá sido un propio de la mujer desde que lo adquirió el marido. Esta es la teoría de la gestión de negocios. En la realidad de las cosas, el marido no es un gerente de negocios, es administrador en virtud de la ley, y esta ley no es otra sino el

contrato de matrimonio tácito que los esposos han consentido al casarse bajo el régimen de la comunidad legal; es como administrador; luego como mandatario como el marido obra, y al comprar un inmueble con el dinero procedente de la enajenación de un propio de la mujer, el marido no traspasa en principio los límites de su mandato legal. Pero la ley deroga el mandato que da al marido, en el sentido de que no le permite hacer un reemplazo para la mujer sin el consentimiento de ésta. Pothier tiene, pues, razón de decir que la aceptación de la mujer es una ratificación de lo que el marido ha hecho sin poder suficiente. (1)

372. Puesto que tal es la teoría de la tradición, debe uno atenerse á ella. Hay otra que encontró favor entre los autores modernos. Toma como punto de partida que el marido que adquiere un inmueble haciendo la declaración de reemplazo, lo adquiere para la comunidad. El inmueble es una ganancial, la declaración que hace el marido es solo el ofrecimiento de una venta; el marido, siendo deudor del precio del inmueble que la mujer enajenó, le ofrece en pago el inmueble que adquirió. Este ofrecimiento, como todas las ofertas, es un acto puramente unilateral, una manifestación de voluntad que el marido puede revocar si tiene en ello interés, mientras la mujer no ha aceptado. Es solo por la aceptación de la mujer como se forma el reemplazo; el inmueble pasa entonces del dominio de la comunidad al de la mujer; se opera una mera transacción por la que el inmueble que era una ganancial se vuelve propio. Como toda transmisión de dominio, esta enajenación no tiene ningún efecto en lo pasado, solo opera en lo venidero. (2)

¿En qué descansa esta teoría? No tiene otro apoyo más

1 Pothier, *De la comunidad*, núm. 200.

2 Esta teoría del ofrecimiento se encuentra ya en Toullier; fué desarrollada por Mourlon (*Repeticiones*, t. III, pág. 63, núm. 157, y *Revista práctica*, 1857, t. III, págs. 66 y siguientes) y adoptada por Aubry y Rau, t. V, pág. 305, nota 73, con modificaciones.

que una palabra de Tronchet, quien dijo en el consejo de Estado que el inmueble adquirido por el marido con declaración de reemplazo se hacia ganancial. (1) Esta es una simple opinión que no tiene fundamento ni en la tradición, ni en los textos, ni en el espíritu del Código. La tradición la ignora. Pothier acaba de decirnos lo que son la adquisición del marido y la aceptación de la mujer. El art. 1,435 contiene la palabra *aceptación*. ¿Supone cualquiera aceptación un ofrecimiento? Cuando se dice que la mujer acepta la comunidad, no quiere decir esto, seguramente, que acepta un ofrecimiento. Manifiesta la voluntad de ser asociada y aprueba lo que hizo el marido como jefe de la comunidad. Tal es también la aceptación del reemplazo. El marido ha obrado como administrador de los bienes de la mujer; hizo por ella lo que su deber de administrador le mandaba, reemplazando un propio con otro propio; la mujer, aceptando, aprueba lo que hizo el marido y consiente en adquirir el inmueble á título de propio. La aceptación es, pues, una ratificación, como lo dice Pothier. He aquí la explicación del texto. ¿Será verdad que el inmueble era una ganancial y que se vuelve propio por una nueva transmisión de dominio? La adquisición fué hecha por el marido no para la comunidad, sinc para la mujer; el marido no habló en el contrato como jefe de la comunidad, habló como administrador de los bienes de la mujer. ¿Cómo se haría la comunidad propietaria en virtud de una adquisición hecha para la mujer? El inmueble no es, pues, una ganancial. Esto basta para destruir la base de la teoría del ofrecimiento y de la aceptación. El marido hace más que una oferta de pago á la mujer, adquiere para ella; y solo falta una cosa á esta transmisión de dominio, el consentimiento de la mujer, lo cual da ésta aceptando el reemplazo. ¿Implica esta aceptación una transmisión de dominio? Nó, la comunidad nunca había sido propietaria; no puede, pues, transferir lo que no lo pertenecía. Aceptando, la mujer ratifica lo que hizo el marido para ella y se encuentra como si hubiese hablado en el contrato; así como aceptando la comunidad, se encuentra como si hubiese concurrido á todos los actos del marido que hizo como jefe de la comunidad. Ella es, pues, quien ha sido propietaria desde el momento de la adquisición, por tanto, el inmueble siempre ha sido un propio. (1)

1 Sesión del consejo de Estado del 13 vendimiario, año XII, núm. 16 (Locré, t. VI, pág. 357).

373. La principal diferencia que existe entre ambas teorías, consiste en que, en el sistema del ofrecimiento, el marido puede revocar su oferta mientras la mujer no la ha aceptado. Esta revocación puede hacerse indirectamente por vía de enajenación, y parcialmente por concesión de derechos reales, en el sentido que si el marido enajena, es con lo que le pertenece, una ganancial, lo que no permite ya á la mujer aceptar el reemplazo. Y si el marido ha gravado el inmue- con derechos reales, tales como hipotecas, la mujer, al aceptar el reemplazo, debe respetar estos derechos. En la teoría de Pothier que, en nuestro concepto, es la del Código, no puede el marido volver sobre su declaración de reemplazo, pues esta declaración da un derecho á la mujer, el de ratificar lo que el marido ha hecho, y éste no puede quitar á la mujer un derecho que procede de la declaración de reemplazo. La doctrina está insegura acerca de este punto que es de capital importancia para la mujer y para los terceros que tratan con el marido. Toullier dice que el marido puede revocar el ofrecimiento, lo que es muy lógico toda vez que se ha admitido la teoría del ofrecimiento. Rodière y Pont comienzan por decir que el marido hace la declaración del reemplazo como *gerente de negocios*; después enseñan que el marido puede revocar su oferta. (2) Esto es contradictorio: ¿Acaso un gerente hace ofrecimientos? ¿Puede deshacer lo

1 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 203, núm. 79 *bis* XIII.
2 Toullier, t. VI, 2, pág. 312, núm. 360. Rodière y Pont, t. I, pág. 571, número 665. En sentido contrario, Battur, t. II, pág. 270, núm. 588.

que hizo en nombre de su amo? No es el gerente el que contrata, es el amo el que está como obrando por intermedio del gerente. No hay aquí oferta que retractar. Hay que ser consecuente y elegir entre ambas teorias. Si es una simple oferta la que el marido hace á la mujer, puede retractarla voluntariamente; si es como gerente de negocios como el marido hace la declaración de reemplazo, no puede tratarse de revocar lo que ha hecho en nombre de la mujer.

374. ¿Cómo debe hacerse la aceptación de la mujer? El art. 1,435 contesta que el reemplazo debe ser aceptado *terminantemente* por la mujer. Queda por saber lo que se entiende por la palabra *terminantemente*. Creemos que la ley exige una aceptación *expresa*. En efecto, la palabra implica una solemnidad; luego una expresión de voluntad hecha por palabras, lo que excluye la aceptación tácita. No puede decirse de aquel cuyo consentimiento es tácito que consiente terminantemente. La doctrina es muy insegura. Ya en el derecho antiguo los autores estaban divididos. Pothier se conformaba con una aceptación tácita cuando la mujer concurría en el acta de adquisición. Sí, dice, la mujer ha subscripto ó ha estado presente en el acta de adquisición por la que el marido declaró que adquirió el inmueble para que sirva de reemplazo á su esposa; aunque no se diga expresamente que la mujer aceptó, su presencia ó su firma es bastante como aceptación, y, por consiguiente, ninguna duda hay que el inmueble le sea propio. (1) Compárese este trozo con el texto del art. 1,435 y se convencerá uno de que los autores del Código se han apartado en este punto de la opinión de Pothier; la presencia de la mujer en el contrato no es seguramente una aceptación *formal*, ni siquiera su firma lo es. Había en el derecho antiguo otra opinión más rigurosa: Bourjon exigía que el reemplazo fuese aceptado *terminantemente* por la mujer; esta es la expresión del Código.

1 Pothier, *De la comunidad*, núm. 200.

Lebrun dice que cuando el reemplazo está hecho para la mujer, debe consentirlo expresamente. (1) Creemos que tal es la verdadera teoría. Cuando la ley quiere asegurarse del consentimiento, exige que se dé expresamente; es decir, con palabras. Y en materia de reemplazo importa garantizar la libre voluntad de la mujer; el inmueble que el marido ha comprado puede no acomodarle, es necesario que tenga tiempo para pensarlo y verlo; inducir su aceptación de su presencia en el contrato, ó aun su firma, sería muy peligroso; por esto la ley exige una aceptación *formal* ó *expresa*.

Los autores modernos no ponen en la expresión de su pensamiento la precisión que es de desear. Se entiende la variedad de opiniones; en el derecho antiguo no había ley; nosotros tenemos una, hay que atenerse á ella. (2) Los señores Rodière y Pont comienzan por decir que los términos del art. 1,435 excluyen la aceptación tácita; concluyen de esto que la presencia de la mujer en el contrato no basta para que haya aceptación *formal*, y dan de ello una excelente razón, es el estado de dependencia de la mujer. Después agregan que las *circunstancias* pueden dar á la presencia de la mujer una autoridad que no tiene cuando este hecho está aislado. (3) Es decir, que la aceptación de la mujer puede resultar de las *circunstancias de la causa*, lo que es una aceptación tácita. ¿Y cómo una aceptación tácita podrá ser una aceptación *formal* tal cual la exige la ley? Quien dice *tácita* excluye toda forma. Colmet de Santerre está igualmente indeciso y contradictorio: admite que la aceptación puede ser inducida de las *circunstancias* en las que se pretendiera encontrar la prueba de la intención de la mujer: la voluntad debe aparecer en los *hechos* cumplidos con la intención de probar su existencia. (4) Una voluntad que está probada por

1 Bourjon, *Derecho común de la Francia*, 6. aparte, cap. II, núm 62. Lebrun, *De la comunidad*, pág. 317, núm. 65.
2 Marcadé, t. V, pág. 473, núm. 3 del artículo 1,435.
3 Rodière y Pont, t. I, pág. 575, núms. 669-670.
4 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 207, núm. 79 *bis* XVIII.

los hechos, es una voluntad tácita, y la voluntad se induce de las circunstancias. Se gira aquí en un círculo vicioso de contradicciones. Troplong es el más nebuloso de los jurisconsultos, se complace demasiado en las frases académicas para ser neto y preciso como lo requiere nuestra ciencia: «No gusto de supersticiones formalistas, dice, y no veo porqué no hubiera una aceptación *real*, en donde ésta existe sin declaración *sacramental*.» (1) ¿Quién piensa en una declaración *sacramental?* ¿No hemos dicho en cada ocasión que el derecho moderno ignora la superstición de las fórmulas? Pero la ley no se conforma con una declaración *real*, quiere una aceptación *formal*; luego con *forma*; luego con palabras. Inútil es continuar esta crítica; el lector puede hacerla preguntándose en cada frase cuál es la idea del autor, y demasiado á menudo solo encontraría palabras.

La jurisprudencia está dividida como la doctrina. Escribiendo en Bélgica, debemos citar una sentencia de la Corte de Bruselas que, en nuestro concepto, está muy mal redactada. Al exigir una declaración formal, dice la Corte, el art. 1,435 no quiso que la aceptación fuese hecha en términos *expresos ó sacramentales*. La Corte confunde dos términos que tienen una significación muy diferente. Se dice que una palabra es *sacramental* cuando esta palabra debe ser la empleada bajo pena de nulidad: la aceptación sacramental pediría que el acta emplease la palabra *aceptar* para marcar el consentimiento de la mujer, mientras que hay aceptación expresa desde que hay cualesquiera palabra que manifieste claramente la voluntad. La Corte de Bruselas concluye con Pothier que la mujer acepta *terminantemente* cuando está presente en el acta ó cuando firma. (2) Nosotros no entendemos que haya una aceptación *formal* sin *forma*.

1 Troplong, t. I, pág. 337, núm. 1,129. En el mismo sentido, Aubry y Rau t. V, pág. 305, nota 72, pfo. 507.
2 Bruselas, 22 de Abril de 1840 (*Pasicrisia*, 1840, 2, 109).

La Corte de Casación de Francia, se atuvo al texto. En una sentencia decidió que la resolución atacada estaba al abrigo de la casación, porque la Corte hablaba de los *términos del contrato* para concluir que el reemplazo está hecho y aceptado. (1) Había, pues, *términos;* al juez del hecho toca interpretarlos y decidir si son formales. Otra sentencia reciente es más explícita. La ley quiere, dice la Corte, que el reemplazo esté aceptado formalmente: «Si no existen términos sacramentales para expresar esta intención y esta aceptación del reemplazo, es menester cuando menos que resulten con certeza y sin variación posible en el porvenir de las *expresiones* y de las *cláusulas* del *acta*.» Como en el caso la sentencia atacada no probaba la aceptación por las mismas enunciaciones del acta, en términos expresos ó equivalentes, la Corte la casó por violación del art. 1,435. (2)

375. ¿Cuándo puede la mujer aceptar el reemplazo, y cuándo debe hacerlo? La mujer solo puede aceptar el reemplazo cuando el marido ha hecho la declaración prescripta por los arts. 1,434 y 1,435. En efecto, aceptar es ratificar, según la doctrina de Pothier; y la mujer no puede validar un reemplazo que no se ha hecho ó que es nulo. Si, pues, el marido hiciera la declaración de reemplazo posteriormente á la adquisición del inmueble, la aceptación de la mujer sería inoperante, pues hubiera aceptado un reemplazo que no existe. Desde que el reemplazo está hecho, la mujer puede aceptarlo; tiene interés en hacerlo, pues si tardase, la comunidad pudiera disolverse, y después de ésta, la aceptación ya no puede hacerse. Esto resulta del art. 1,435 que dice: «Si la mujer no ha aceptado el reemplazo *solo tiene derecho*, después de la disolución de la comunidad, á la compensación del precio de su inmueble vendido.» Las palabras *solo tiene derecho* marcan claramente la mente de la ley; no

1 Denegada, 17 de Agosto de 1813 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 1,429).
2 Casación, 26 de Julio de 1869 (Dalloz, 1869, 1, 455).

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

da opción á la mujer, como lo hace el art. 1,408, para el retiro de indiviso; la mujer debe optar mientras dura la comunidad; cuando está disuelta ésta, la mujer no tiene ya la elección entre la aceptación del reemplazo y el precio de su propio enajenado; tiene *solo* derecho á este precio; esto es, pues, un solo derecho. Si hubiera una duda, desaparecería cuando se consulta la tradición. En el derecho antiguo, la cuestión estaba controvertida. Pothier expone ambas opiniones: una permitía á la mujer aceptar, aun después de la disolución de la comunidad, mientras no había sido apremiada para explicarse; mientras Duplessis negaba el derecho de aceptar, una vez disuelta la comunidad. El Código ha zanjado la dificultad pronunciándose en favor de la doctrina de Duplessis. La doctrina (1) y la jurisprudencia están en este sentido. (2)

Si en derecho no hay ninguna duda, es difícil motivar la resolución del Código. Duplessis, cuya opinión ha sido consagrada por el art. 1,435, dice que no habiéndose explicado la mujer y habiendo dejado siempre la heredad á los riesgos de la comunidad, y habiendo siempre tenido el poder de rehusarlo si disminuyó de precio, no sería equitativo que pudiera aprovechar, cuando el reparto, del aumento de valor que hubiese sobrevenido. (3) El argumento es de aquellos que prueban demasiado: la mujer puede esperar para pronunciarse, hasta que la comunidad esté cerca de disolverse; puede, pues, esperar que el resultado de la adquisición haya probado si ésta fué buena ó mala; si puede esperarse durante años enteros, ¿por qué no había de esperar durante los pocos meses que siguen á la disolución de la comunidad, la liquidación ó partición debiendo hacerse desde que el marido ó sus herederos lo solicitan? Troplong contesta que en la disolución de la comunidad las cosas no deben ya sufrir demoras, que es necesario que la calidad de los bienes esté arreglada, con el fin de que la partición no dependa de bases caprichosas ó inseguras. (1) Estos no son motivos, son palabras; un apremio basta para poner fin á la incertidumbre, y este apremio las partes interesadas tienen el derecho de hacerlo desde que la comunidad está disuelta.

1 Pothier, *De la comunidad*, núm. 200, y los autores modernos citados por Aubry y Rau, t. V, pág. 306, nota 76. Hay que agregar Colmet de Santerre, t. VI, pág. 206, núm. 79 *bis* XVII. Rodière y Pont hacen una distinción (t. I, pág. 574, núm. 668) que es inadmisible; véase la refutación en Aubry y Rau, t. V, nota 76.

2 Besançon, 11 de Enero de 1844 (Dalloz, 1845, 4, 452).

3 Duplessis, *De la comunidad*, t. I, pág. 447, libro II, sec. II.

¿Podrá el marido pedir el apremio durante la comunidad? Tendría interés en ello, pues la condición del inmueble quedando en suspenso, no sabe si es propio ó ganancial; no puede, pues, disponer de él, ó solo dispondrá de él bajo condiciones desventajosas. ¿Tiene el marido derecho de pedir el apremio? Así se pretende; (2) Mourlon dice que no puede admitirse que la mujer tenga el derecho de expresar, antes de decidirse á que puedan conocerse los riesgos de la operación. Treilhard emitió el mismo parecer en el consejo de Estado, pero hubiérase necesitado una ley para dar al marido el derecho de apremiar á la mujer en pronunciarse. En el silencio del Código, hay que atenerse al art. 1,435, que permite implícitamente á la mujer esperarse hasta la disolución de la comunidad.

376. ¿Cuál es el efecto de la aceptación? ¿Retrotrae al día de la adquisición, ó solo existe el reemplazo desde el momento en que la mujer acepta? En la teoría tradicional de la aceptación debe decirse que la aceptación retrotrae. Pothier lo dice, y esto no es dudoso. La aceptación es una ratificación, y ésta equivale al mandato. El art. 1,998 es aplicable al caso; supone un mandato del cual el mandatario se ha extralimitado. Y el marido es mandatario legal, pero excede los límites de su mandato al hacer el reemplazo sin el con-

1 Troplong, t. I, pág. 336, núm. 1,126.

2 Mourlon, t. III, pág. 62, núm. 155. En sentido contrario, Colmet de Santerre, t. VI, pág. 207, núm. 79 *bis* XVII.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

curso de la mujer. Esta, aceptando el reemplazo, ratifica, lo que equivale á un mandato. En este sentido retrotrae la aceptación. Por consiguiente, la mujer estará como si fuera parte en el contrato en el que el marido ha hecho su declaración de reemplazo; el inmueble le será, pues, propio á partir de la adquisición. De esto, consecuencias muy graves en cuanto á las actas de disposición que el marido ha hecho antes de la aceptación de la mujer; estas actas caerán, puesto que el marido no tenía derecho para haberlas hecho.

En la teoría de la oferta no se tienen estas consecuencias, pero con perjuicio de la mujer. El inmueble es una ganancial á pesar de la declaración de reemplazo, no siendo esta declaración más que una oferta de dar el inmueble en pago del precio del inmueble enajenado por la mujer. La oferta no concierne, pues, á la mujer; ésta queda extraña en las relaciones del marido con los terceros; respecto de éstos, el marido es propietario y tiene poder para disponer; si enajena, la enajenación es válida, puesto que es la enajenación de una ganancial, y el marido dispone de ella como señor y dueño. La mujer diría en vano que tiene derecho para aceptar el reemplazo y que su aceptación debe retrotraer si no su derecho sería ilusorio. El marido le contestaría que la declaración de empleo solo es un ofrecimiento que podía revocar mientras ella no lo había aceptado, y que lo revocó al enajenar el inmueble. Que si el marido ha concedido derechos reales en el inmueble, la mujer podrá todavía aceptar el reemplazo, pero deberá respetar las hipotecas; en efecto, su aceptación es una donación en pago; luego una venta, y la enajenación del inmueble no perjudica de ningún modo á las hipotecas que lo gravan. (1)

Estas dos opiniones contrarias proceden de principios con-

1 Mourlon, *Repeticiones*, t. III, pág. 64, núm. 158, 1.°-4.° Aubry y Rau admiten el principio de la oferta y, no obstante, enseñan que la aceptación de la mujer retrotrae (t. V, pág. 306, pfo. 507). Creemos inútil detenernos en esta opinión que ha quedado aislada. Véase la refutación en Colmet de Santerre, t. VI, pág. 204, núms. 79 *bis* XIV y XV.

trarios que dividen á la doctrina. Nosotros hemos admitido la teoría tradicional; debemos, pues, admitir la consecuencia que Pothier deduce de ella, porque es irresistible. Si se prevalecen de estas consecuencias como de objeción contra el principio de la ratificación, contestaremos que la crítica se dirige al legislador, quien sabía lo que hacía, puesto que tenía á la vista la doctrina de Pothier; juzgó bien consagrarla á pesar de los inconvenientes incontestables de la retroacción. Hubiera podido prescribir á la mujer un plazo dentro del cual tuviera la obligación de optar; podía también permitir al marido apremiar á la mujer para pronunciarse. No lo hizo; debemos tomar la ley tal cual es. Los peligros que presenta para los terceros han sido disminuidos por las leyes nuevas que han prescripto la publicidad de las transacciones inmobiliares. Cualquiera acta translativa de propiedad inmueble, debe ser registrada para tener efecto para con los terceros; es, pues, necesario que el acta de adquisición conteniendo la declaración de reemplazo, sea hecho público para que la mujer pueda oponerla á los terceros; éstos, teniendo conocimiento de la declaración de reemplazo, deben esperarse la aceptación y los efectos que producía la retroacción. No trataron, ó trataron estipulando garantías.

Por lo demás, la cuestión de saber cuál es el sistema de la ley, es independiente de los inconvenientes que resultan de ella. Los editores de Zachariæ invocan la discusión del consejo de Estado acerca de la aceptación de la mujer, para inducir que el marido puede revocar su ofrecimiento enajenando el inmueble que había adquirido en reemplazo del propio de la mujer. Esta es una de las discusiones más confusas que haya tenido lugar, y no condujo á ninguna votación, sino á la devolución del artículo á la sección de legislación. Treilhard opinaba que la aceptación de la mujer debía tener lugar en el momento mismo de la adquisición. Jollivet quería que la mujer pudiera aceptar el reemplazo, aun

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

después de la disolución de la comunidad. Se ve que la discusión era extraña á nuestra cuestión; ¿cómo hubiera decidido el consejo una cuestión en la que no estaba llamado á deliberar? Fué incidentemente como Tronchet expresó la opinión que el inmueble adquirido por el marido en reemplazo del propio de la mujer era una ganancial. (1) Esta opinión aislada ¿se apoyaba en el derecho antiguo, ó en el proyecto del Código Civil? No se sabe; lo cierto es que es contraria á la doctrina tradicional que Pothier ha formulado (número 372), y es inconciliable con los principios que ha consagrado el Código. Es imposible que el marido, y, por consiguiente, la comunidad, se vuelvan propietarios haciendo la adquisición de un inmueble en nombre de la mujer; el marido no quiere hacerse propietario y no puede uno ser propietario á fuerza. Y como la mujer no ha consentido, se necesita, dice Pothier, que la propiedad quede en suspenso (núms. 371 y 373); vamos á decir en qué sentido.

377. Queda una dificultad: ¿qué sucede con el inmueble adquirido por el marido con declaración de reemplazo en provecho de la mujer, cuando ésta no lo acepta? Pothier contesta que el inmueble será una ganancial. (2) No hay ninguna duda acerca de este punto. Pero, ¿cómo explicar que un inmueble que el marido adquirió en su nombre entre en la comunidad? He aquí, se dice, á la comunidad que se hace propietaria sin quererlo; y si esto sucede por haberse negado la mujer á aceptar el reemplazo, ¿por qué no lo sería en el momento de la adquisición? No hay que perder de vista, y esto sucede á menudo, que el reemplazo es una ficción; para que la ficción produzca su efecto, es necesario que la mujer acepte el reemplazo que el marido declaró hacer en su nombre. Si la mujer rehusa, la declaración de reemplazo está como si no se hubiera hecho; la ley vuelve á

1 Sesión del consejo de Estado del 13 vendimiario, año XII, núm. 16 (Locré, t. VI, pág. 356).

2 Pothier, *De la comunidad*, núm. 200.

la realidad de las cosas; es decir, á una adquisición hecha por el marido durante la comunidad; luego el inmueble siempre fué una ganancial. La ficción en la que se funda el reemplazo implica, por consiguiente, que el inmueble adquirido para servir de reemplazo á la mujer, será propio de ésta si acepta, y ganancial si lo rehusa. Es en este sentido como queda en suspenso la naturaleza del inmueble.

378. A menudo se ha comparado la aceptación de reemplazo con el retiro de indiviso que el art. 1,408 concede á la mujer cuando el marido ha comprado en su nombre propio un inmueble del que la mujer era propietaria por indiviso. Se admite generalmente que el retiro retrotrae, y la opinión tradicional es también que la aceptación de la mujer retrotrae. Hemos enseñado que el retiro de indivisión no rotrotrae, mientras que admitimos la retroacción de la aceptación de reemplazo. ¿No es esto una contradicción? Nó, hay una razón de esta diferencia. Cuando el marido adquiere un inmueble del que la mujer tiene la propiedad indivisa, entiende adquirir en su nombre propio; es decir, por cuenta de la comunidad; la adquisición forma ganancial desde el principio; esta ganancial se transforma en propio por el retiro de indivisión, el inmueble sale del dominio de la comunidad para entrar en el de la mujer: Hay una nueva transmisión de propiedad, la que no retrotrae, de manera que las actas de disposición del marido subsisten. Pasa muy distintamente cuando la mujer acepta el reemplazo que el marido hizo para ella; en este caso el marido no quiere adquirir para la comunidad, quiere reemplazar el propio enajenado de la mujer por otro propio; el inmueble no puede, pues, volverse ganancial cuando la adquisición; no es ni propio ni ganancial; el marido quiere, en verdad, hacerlo propio de la mujer, pero sabe que ésta tiene derecho para rehusar el reemplazo, que, en este caso, la declaración cae, y, por consiguiente, el inmueble será una ganancial La naturaleza de

la heredad adquirida en reemplazo queda en suspenso hasta que la mujer se haya pronunciado. La aceptación de la mujer es una ratificación; como tal, debe retrotraer; mientras que el retiro de indivisión, lejos de ser una ratificación, tiene lugar contra la voluntad del marido, la mujer haciendo un propio del inmueble que el marido pretendía hacer ganancial.

379. ¿Qué sucede si las condiciones prescriptas para el reemplazo no han sido observadas? Si no hay declaración del marido de que el inmueble fué adquirido para servir de reemplazo, es evidente que el inmueble será una ganancial. Decimos que esto es evidente, y así sucedería si se tratase de un reemplazo hecho por el marido en su nombre. El reemplazo es una ficción, y ninguna ficción legal existe sino bajo las condiciones determinadas por la ley; si falta una de estas condiciones, ya no hay ficción, se está bajo el imperio de la realidad. Esto es decir que el inmueble quedó lo que siempre fué, una ganancial. Esto es tan elemental que parece inútil hacerlo notar. Si lo hacemos es porque leemos en una sentencia de la Corte de Casación: "que no siempre es necesario para establecer el reemplazo, con respecto al marido, que exista una declaración de su parte; que este empleo puede resultar de las circunstancias;" (1) es decir, que puede ser tácita; y si puede ser tácita para el marido ¿por qué no lo sería respecto á la mujer, siendo idéntica la ley para ambos esposos? Esto conduce á borrar del Código los artículos 1,434 y 1,435 y abandonar la ficción del reemplazo al arbitrio del juez. No conocemos mayor herejía jurídica. Basta señalarla, se refuta por sí misma. El error solo se encuentra en un considerando, pero es tan enorme que hemos debido señalarlo.

Es casi inútil agregar que si la mujer no ha aceptado el reemplazo terminantemente; es decir, de una manera expresa, el inmueble será también una ganancial. La declaración del marido cae cuando no ha sido aceptada; y cuando no hay declaración de reemplazo, el inmueble es una ganancial.

1 Denegada, Sala Civil, 3 de Agosto de 1852 (Dalloz, 1852, 1, 257).

III. Como se hace el reemplazo.

380. ¿En qué bienes debe hacerse el reemplazo? Siempre hemos supuesto que el reemplazo se hace en inmuebles; esta es la suposición de la ley, y esta suposición es una condición. No se conciben reemplazos en objetos muebles cuando se trata de un inmueble propio enajenado. El objeto del reemplazo es reemplazar el inmueble vendido en el patrimonio del esposo que enajenó uno de sus propios; y para que el esposo saque la misma ventaja del reemplazo, es necesario que el inmueble vendido esté reemplazado por otro inmueble; los muebles no dan á la mujer las garantías que le dan los inmuebles. El marido no puede enajenar los inmuebles, mientras en opinión bastante generalizada, se le permite enajenar sus muebles propios. Y aunque no se le reconociese este derecho, la mujer no podía reivindicar los muebles corporales que el marido vendiera, la reivindicación de objetos muebles no siendo admitida en derecho francés (artículo 2,279). Además, los inmuebles aumentan de valor, mientras que los objetos muebles corporales se desprecian con el tiempo ó por el uso que se hace de ellos. Es precisamente por razón de estas ventajas por lo que la ley ha consagrado la ficción del reemplazo; no tuviera razón de ser si se limitaba á reemplazar el precio procedente de la enajenación de un propio inmueble por otros valores mobiliares. (1)

La Corte de Casación ha sentenciado que el reemplazo hecho en objetos muebles es nulo, pero que la mujer solo puede prevalecerse de la nulidad. (2) Hay una sentencia de la Corte de Bruselas en el mismo sentido. (3) He aquí cómo

1 Troplong, t. I, pág. 840, núm. 1,142.
2 Denegada, 21 de Junio de 1842 (Dalloz, en la palabra *Sociedad*, núm. 204).
3 Bruselas, 10 de Julio de 1871 (*Pasicrisia*, 1871, 2, 346).

la heredad adquirida en reemplazo queda en suspenso hasta que la mujer se haya pronunciado. La aceptación de la mujer es una ratificación; como tal, debe retrotraer; mientras que el retiro de indivisión, lejos de ser una ratificación, tiene lugar contra la voluntad del marido, la mujer haciendo un propio del inmueble que el marido pretendía hacer ganancial.

379. ¿Qué sucede si las condiciones prescriptas para el reemplazo no han sido observadas? Si no hay declaración del marido de que el inmueble fué adquirido para servir de reemplazo, es evidente que el inmueble será una ganancial. Decimos que esto es evidente, y así sucedería si se tratase de un reemplazo hecho por el marido en su nombre. El reemplazo es una ficción, y ninguna ficción legal existe sino bajo las condiciones determinadas por la ley; si falta una de estas condiciones, ya no hay ficción, se está bajo el imperio de la realidad. Esto es decir que el inmueble quedó lo que siempre fué, una ganancial. Esto es tan elemental que parece inútil hacerlo notar. Si lo hacemos es porque leemos en una sentencia de la Corte de Casación: "que no siempre es necesario para establecer el reemplazo, con respecto al marido, que exista una declaración de su parte; que este empleo puede resultar de las circunstancias;" (1) es decir, que puede ser tácita; y si puede ser tácita para el marido ¿por qué no lo sería respecto á la mujer, siendo idéntica la ley para ambos esposos? Esto conduce á borrar del Código los artículos 1,434 y 1,435 y abandonar la ficción del reemplazo al arbitrio del juez. No conocemos mayor herejía jurídica. Basta señalarla, se refuta por sí misma. El error solo se encuentra en un considerando, pero es tan enorme que hemos debido señalarlo.

Es casi inútil agregar que si la mujer no ha aceptado el reemplazo terminantemente; es decir, de una manera expresa, el inmueble será también una ganancial. La declaración del marido cae cuando no ha sido aceptada; y cuando no hay declaración de reemplazo, el inmueble es una ganancial.

1 Denegada, Sala Civil, 3 de Agosto de 1852 (Dalloz, 1852, 1, 257).

III. Como se hace el reemplazo.

380. ¿En qué bienes debe hacerse el reemplazo? Siempre hemos supuesto que el reemplazo se hace en inmuebles; esta es la suposición de la ley, y esta suposición es una condición. No se conciben reemplazos en objetos muebles cuando se trata de un inmueble propio enajenado. El objeto del reemplazo es reemplazar el inmueble vendido en el patrimonio del esposo que enajenó uno de sus propios; y para que el esposo saque la misma ventaja del reemplazo, es necesario que el inmueble vendido esté reemplazado por otro inmueble; los muebles no dan á la mujer las garantías que le dan los inmuebles. El marido no puede enajenar los inmuebles, mientras en opinión bastante generalizada, se le permite enajenar sus muebles propios. Y aunque no se le reconociese este derecho, la mujer no podía reivindicar los muebles corporales que el marido vendiera, la reivindicación de objetos muebles no siendo admitida en derecho francés (artículo 2,279). Además, los inmuebles aumentan de valor, mientras que los objetos muebles corporales se desprecian con el tiempo ó por el uso que se hace de ellos. Es precisamente por razón de estas ventajas por lo que la ley ha consagrado la ficción del reemplazo; no tuviera razón de ser si se limitaba á reemplazar el precio procedente de la enajenación de un propio inmueble por otros valores mobiliares. (1)

La Corte de Casación ha sentenciado que el reemplazo hecho en objetos muebles es nulo, pero que la mujer solo puede prevalecerse de la nulidad. (2) Hay una sentencia de la Corte de Bruselas en el mismo sentido. (3) He aquí cómo

1 Troplong, t. I, pág. 840, núm. 1,142.
2 Denegada, 21 de Junio de 1842 (Dalloz, en la palabra *Sociedad*, núm. 204).
3 Bruselas, 10 de Julio de 1871 (*Pasicrisia*, 1871, 2, 346).

deben entenderse estas decisiones. El reemplazo en objetos muebles no es un reemplazo, es una donación en pago; y la ley admite que el marido ceda *bienes* á su mujer en reemplazo de sus inmuebles enajenados ó de dinero que le pertenecía; el art. 1,595, dice: *bienes* es lo que comprende á los objetos muebles. No hay que decir que si la mujer acepta semejante cesión, es válida; ya no puede, pues, tratarse de pedir su nulidad. La Corte de Bruselas dice que solo la mujer está admitida á criticar esta operación, como no siendo conforme á las reglas protectoras de sus derechos; que los terceros no pueden invocar una ilegalidad que solo concierne á la mujer. No vemos ilegalidad en hacer lo que el artículo 1,595 permite. Todo lo que resulta es que no habrá reemplazo, habrá una donación en pago.

381. Lo más á menudo hay una diferencia de valor entre el inmueble enajenado y el adquirido en reemplazo. Si el inmueble adquirido vale menos, no hay ninguna dificultad, la mujer queda acreedora de la comunidad por lo demás; lo mismo sucede con el marido. Pero ¿qué debe decidirse si el inmueble comprado vale más? ¿Será propio por entero? Pothier contesta que su heredad solo será propia por subrogación hasta la concurrencia del precio por el que fué enajenado el propio, y que lo demás será una ganancial. Esta decisión está fundada en la misma esencia del reemplazo. Es una subrogación, dice Pothier; es decir, una ficción; y la ficción solo está establecida para reemplazar al propio enajenado en el patrimonio del esposo que ha hecho la enajenación; lo que implica que el valor inmueble que ha salido de su patrimonio por la enajenación, vuelve á entrar en él por el reemplazo; más allá de este valor, el reemplazo no tiene ya razón de ser, se está en la realidad, el inmueble por lo excedente es una adquisición hecha durante el matrimonio, y, por consiguiente, una ganancial. Es verdad que la ley extiende la ficción en el caso del cambio que es también una

subrogación; el inmueble recibido en cambio es propio por el todo aunque tenga un valor más considerable. Pero la ley no dice lo mismo del reemplazo; luego se está bajo el imperio de los principios que rigen á las ficciones legales: son de la más estricta interpretación. Hay además una consideracion de hecho que viene en apoyo de los motivos de derecho. Si el inmueble adquirido en reemplazo fuera propio por entero, el marido podrá crearse propios á expensas de la comunidad; es decir, de la mujer; vendería un propio, y haría nueva adquisición por el doble ó triple valor del inmueble enajenado; (1) para decir mejor, no habría ya límites para estas especulaciones interesadas.

Pothier, después de haber establecido el principio, le hace una excepción. «Si, dice, la suma de que excede el precio de la nueva adquisición al precio del reemplazo, fuera poco considerable, entiendo que se me debiera considerar como habiendo hecho la adquisición entera por mi cuenta, á reserva de compensar á la comunidad.» (2) ¿Puede admitirse esta excepción bajo el imperio del Código? La cuestión está muy controvertida, no vemos en ella la menor duda. Pothier se sale del rigor de su principio extendiendo la ficción de subrogación: el legislador hubiera podido hacerlo; el intérprete no tiene este derecho. Lo que prueba que Pothier hace la ley, es que admite un límite puramente arbitrario: ¿Cuándo puede decirse que la diferencia de valor es *poco considerable?* La ficción será extendida ó restringida, según el gusto del juez; lo que es contrario á todos los principios. El intérprete nunca puede crear disposiciones arbitrarias; no lo puede hacer, sobre todo, en materia de ficciones legales.

Los autores están muy divididos. Delvincourt y Bel-

1 Véase un ejemplo en una sentencia de Bruselas, 29 de Julio de 1850 (*Pasicrisia*, 1851, 2, 147).

2 Pothier, *De la comunidad*, núm. 198.

lot des Minières se apegan al texto, como se debe cuando se trata de una ficción. Desde que se aparta uno de la letra de la ley, todo se vuelve inseguro: por esto es que hay casi tantos pareceres como autores hay. Unos reproducen la distinción de Pothier, otros la abandonan. Estos últimos están igualmente en desacuerdo entre sí. Colmet de Santerre decide que el inmueble adquirido en reemplazo será propio por entero á reserva de compensación: esto es hacer decir á la ley más de lo que dice. Duranton aplica por analogía la disposición del art. 1,407 concerniente al cambio; esto es olvidarse que en materia de ficciones la interpretación analógica no se admite. Bugnet, según Pothier, hace otras distinciones; creemos inútil discutirlas porque no reconocemos en los intérpretes el derecho de hacer la ley. (1)

382. ¿Quién sufre los gastos de reemplazo? Cuando la mujer acepta el reemplazo, está como si hubiese hablado en el contrato: ella compra; se le debe, pues, aplicar el artículo 1,593, según el cual los gastos de actas y otros accesorios de la venta están á cargo del comprador.

IV. Del reemplazo obligatorio.

383. ¿Está obligado el marido á hacer el reemplazo del precio del inmueble que la mujer enajena? Bajo el régimen de la comunidad legal, la negativa es segura. (2) Ninguna ley impone al marido la obligación de reemplazar el precio, y está en el espíritu del régimen de la comunidad que el marido goce á este respecto de entera libertad. La ventaja de este régimen consiste precisamente en la facultad que tienen los esposos de hacer servir los bienes de la mujer al aumento del crédito del marido. Cuando la mujer enajena es para ayudar al marido; es, pues, necesario que éste conserve la libre disposición del dinero; sería contradictorio que el marido estuviera obligado á reemplazar el propio de la mujer por un nuevo propio cuando la heredad, perteneciendo á la mujer, solo se enajenó para realizar el valor inmueble y ponerlo á la disposición del marido. Si los esposos quieren restringir esta libertad inherente al régimen de la comunidad, es menester que lo establezcan en su contrato de matrimonio, estipulando que el reemplazo será obligatorio para el marido.

1 Véanse las citaciones en Aubry y Rau, t. V, pág. 389, nota 86, pfo. 507 (4.ª edición).
2 Lieja, 22 de Noviembre de 1855 (*Pasicrisia*, 1856, 2, 415).

Se pudiera objetar que el marido debe vigilar los intereses de la mujer, reemplazando el propio enajenado por un nuevo propio. Por esto es que la ley habla del reemplazo al tratar de la administración de los bienes de la mujer, y es también por esta razón por lo que el marido hace la declaración de reemplazo en nombre de la mujer. Contestamos que bajo el régimen de la comunidad, los intereses de los esposos se confunden, aunque tengan un patrimonio que les es propio; la mujer es asociada y es justo que realice sus valores inmoviliares, cuando se trata de levantar el crédito de su marido ó de fortificarlo; ganará en ello por las utilidades que el marido tendrá y de las que ella aprovecha, puesto que caen en la comunidad. Así, la ley no dice que el marido deba reemplazar el dinero procedente de la enajenación de un propio de la mujer; la teoría del reemplazo implica la idea contraria. Si el marido estuviera obligado á hacer el reemplazo, esta obligación sería á la vez un derecho; trataría, pues, como mandatario de la mujer, y, por consiguiente, ésta no tendría el derecho de aceptar ó rehusar el reemplazo. Concediendo este derecho á la mujer, la ley decide implícitamente que el marido no obra como mandatario y que no está obligado á hacer el reemplazo. (1)

384. En principio, el reemplazo es, pues, facultativo. ¿Podría la mujer estipular que el reemplazo será obligatorio para el marido? Esto no es dudoso; los esposos pueden hacer

1 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 195, núm. 79 *bis* III.

lot des Minières se apegan al texto, como se debe cuando se trata de una ficción. Desde que se aparta uno de la letra de la ley, todo se vuelve inseguro: por esto es que hay casi tantos pareceres como autores hay. Unos reproducen la distinción de Pothier, otros la abandonan. Estos últimos están igualmente en desacuerdo entre sí. Colmet de Santerre decide que el inmueble adquirido en reemplazo será propio por entero á reserva de compensación: esto es hacer decir á la ley más de lo que dice. Duranton aplica por analogía la disposición del art. 1,407 concerniente al cambio; esto es olvidarse que en materia de ficciones la interpretación analógica no se admite. Bugnet, según Pothier, hace otras distinciones; creemos inútil discutirlas porque no reconocemos en los intérpretes el derecho de hacer la ley. (1)

382. ¿Quién sufre los gastos de reemplazo? Cuando la mujer acepta el reemplazo, está como si hubiese hablado en el contrato: ella compra; se le debe, pues, aplicar el artículo 1,593, según el cual los gastos de actas y otros accesorios de la venta están á cargo del comprador.

IV. Del reemplazo obligatorio.

383. ¿Está obligado el marido á hacer el reemplazo del precio del inmueble que la mujer enajena? Bajo el régimen de la comunidad legal, la negativa es segura. (2) Ninguna ley impone al marido la obligación de reemplazar el precio, y está en el espíritu del régimen de la comunidad que el marido goce á este respecto de entera libertad. La ventaja de este régimen consiste precisamente en la facultad que tienen los esposos de hacer servir los bienes de la mujer al aumento del crédito del marido. Cuando la mujer enajena es para ayudar al marido; es, pues, necesario que éste conserve la libre disposición del dinero; sería contradictorio que el marido estuviera obligado á reemplazar el propio de la mujer por un nuevo propio cuando la heredad, perteneciendo á la mujer, solo se enajenó para realizar el valor inmueble y ponerlo á la disposición del marido. Si los esposos quieren restringir esta libertad inherente al régimen de la comunidad, es menester que lo establezcan en su contrato de matrimonio, estipulando que el reemplazo será obligatorio para el marido.

1 Véanse las citaciones en Aubry y Rau, t. V, pág. 389, nota 86, pfo. 507 (4.ª edición).
2 Lieja, 22 de Noviembre de 1855 (*Pasicrisia*, 1856, 2, 415).

Se pudiera objetar que el marido debe vigilar los intereses de la mujer, reemplazando el propio enajenado por un nuevo propio. Por esto es que la ley habla del reemplazo al tratar de la administración de los bienes de la mujer, y es también por esta razón por lo que el marido hace la declaración de reemplazo en nombre de la mujer. Contestamos que bajo el régimen de la comunidad, los intereses de los esposos se confunden, aunque tengan un patrimonio que les es propio; la mujer es asociada y es justo que realice sus valores inmoviliares, cuando se trata de levantar el crédito de su marido ó de fortificarlo; ganará en ello por las utilidades que el marido tendrá y de las que ella aprovecha, puesto que caen en la comunidad. Así, la ley no dice que el marido deba reemplazar el dinero procedente de la enajenación de un propio de la mujer; la teoría del reemplazo implica la idea contraria. Si el marido estuviera obligado á hacer el reemplazo, esta obligación sería á la vez un derecho; trataría, pues, como mandatario de la mujer, y, por consiguiente, ésta no tendría el derecho de aceptar ó rehusar el reemplazo. Concediendo este derecho á la mujer, la ley decide implícitamente que el marido no obra como mandatario y que no está obligado á hacer el reemplazo. (1)

384. En principio, el reemplazo es, pues, facultativo. ¿Podría la mujer estipular que el reemplazo será obligatorio para el marido? Esto no es dudoso; los esposos pueden hacer

1 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 195, núm. 79 *bis* III.

las convenciones que les convengan siempre que no sean contrarias á las buenas costumbres ni al orden público, y que no sean prohibidas por la ley. En cuanto á prohibición, no la hay; la ley no se ocupa del reemplazo obligatorio; por este solo hecho de no prohibirlo lo autoriza, puesto que nada tiene de común con el orden público y las buenas costumbres. ¿Se dirá que deroga á la libertad que tienen los esposos bajo el régimen de la comunidad, para disponer de los bienes como les acomode? Es seguro que la cláusula limita y restringe el derecho que tiene la mujer para realizar sus valores inmuebles en interés de su marido y de la comunidad; pero tal es el derecho de los esposos; la mujer pudiera estipular que sus propios son inenajenables (núm. 127), con más razón podrá estipular que sus propios serán reemplazados, en caso de enajenación, por otros propios.

Queda la dificultad de hecho. ¿Cuándo puede decirse que el reemplazo es obligatorio? Como esto es una excepción á las reglas de la comunidad, deberá ser estipulada por el contrato de matrimonio; esta es una cláusula de la comunidad convencional, lo que implica una voluntad terminantemente expresada. Decimos que la dificultad es de hecho más bien que de derecho. En efecto, se trata de interpretar una convención y de decidir cuál ha sido la intención de las partes contratantes. Estas cuestiones no pueden ser resueltas *a priori*, (1) dependiendo todo de los términos de la convención; es imposible establecer reglas en este punto, éstas solo serían probabilidades á las que la realidad da un mentís lo más de las veces. El juez examinará, en cada caso, cuál ha sido la intención de las partes. Todo cuanto puede decirse, en teoría, es que no basta que el reemplazo esté estipulado en el contrato para que el marido esté obligado á hacerlo por interés de la mujer. La Corte de Casación se ha pronunciado en este sentido en un caso en el que el contrato decía que si un inmueble propio de los esposos era enajenado, se emplearía el dinero en la compra de otros bienes. ¿Era esto una cláusula obligatoria? Nó, pues la cláusula no imponía ninguna obligación al marido; en efecto, ponía el reemplazo del marido en la misma línea que el de la mujer; y no se diría seguramente que el marido estuviera obligado á reemplazar el precio de sus bienes enajenados, y mucho menos aún que la mujer fuese obligada á ello; y si el reemplazo no era obligatorio para los bienes del marido, no lo era más para los bienes de la mujer. La convención solo expresaba, pues, la voluntad que los esposos tenían de conservar los propios inmuebles y de reemplazarlos en caso de enajenación; esta intención no basta para dar un derecho á la mujer en contra del marido. (1)

1 Los autores lo hacen sin embargo así. Aubry y Rau, t. V, pág. 307 y nota 79. Colmet de Santerre, t. VI, pág. 196, núm. 79 *bis* IV.

385. Decimos que la mujer debe tener un derecho contra el marido; es decir, una acción para obligarlo á hacer el reemplazo, para que el reemplazo esté obligatorio. En efecto, toda obligación implica una acción correlativa. Cuando, pues, el contrato de matrimonio dispone que el marido estará obligado, en caso de enajenación de un propio de la mujer, á hacer el reemplazo, ésta tendrá acción contra él. Se creería que no puede haber duda acerca de este punto, tal es así de elemental. Es, en verdad, la opinión común, pero está fuertemente combatida por Troplong. «El marido, dice este autor, es juez soberano del partido que debe tomar, y el *derecho* de la mujer á un reemplazo no le da *acción* durante el matrimonio.» He aquí un derecho de nuevo cuño y una obligación asaz, singular. Lo que caracteriza á las obligaciones y á los derechos jurídicos, es que hay un acreedor y un deudor, y que el acreedor tiene acción contra el deudor; un derecho sin acción no es un derecho. La acción se-

1 Denegada, 1.° de Febrero de 1848 (Dalloz, 1851, 5, 465). Rodière y Pont, t. I, pág. 598, núm. 695.

ría inconveniente, dice Troplong, y sería causa de discordia entre el marido y la mujer. ¿Qué se entiende por esto? ¿No podrá tener la mujer ninguna acción contra el marido sin que se le acuse de faltar á las convenciones? El Código Civil no conoce este culto supersticioso de la autoridad marital; da acción á la mujer contra el marido para pedir la disolución de la comunidad, lo que supone lo más á menudo una mala gestión; he aquí una acción mucho más escandalosa que la de la mujer tendiendo á obtener un reemplazo. Como se ha dicho muy bien, el reemplazo evitará una causa de separación, garantizando á la mujer la posibilidad de volver á tener sus propios; evita el escándalo, pues, en lugar de darle nacimiento. (1) Troplong concluye diciendo que la cláusula de reemplazo es más bien *indicativa* que imperativa. Una cláusula es una convención; toda convención implica un derecho y una obligación; luego una acción judicial. ¿Qué es una *convención indicativa?* Una palabra desnuda de sentido. (2) Lo que Troplong dice del reemplazo obligatorio es un tejido de contradicciones. Después de haber escrito que la cláusula solo es *indicativa,* agrega que es un *cargo*, un *mandato.* ¿Será que un *cargo* no da derecho de de obrar en ejecución del cargo? ¿Será que el *mandato* solo es para el mandatario una *indicación*, y lo dejará libre para hacer lo que quiera, y aun de no hacer nada? Troplong solo hace una reserva á su teoría de una cláusula que no es una convención, de un encargo que no es un encargo; conviene en que la mujer tiene algunas veces interés en que el reemplazo se haga luego; le permite estipular una pena en caso de que el marido faltase á su obligación. (3) Esto es una nueva contradicción: ¿Puede haber una pena sin obligación principal? ¿Y cuando la obligación principal es nula, esta

1 Colmet de Santerre, t VI, pág. 196, núm. 79 *bis* IV.
2 Troplong, t. I, pág. 333, núm. 1,109, y pág. 334, núm. 1,114.
3 Troplong, t. I, pág. 207, núm. 575, y pág. 324, núms. 1,072 y 1,073.

nulidad no arrastra la nulidad de la cláusula penal? (artículo 1,227).

386. Hay una dificultad cuando la convención, al estipular que el reemplazo será obligatorio, no contiene plazo en el que debe hacerse. La doctrina y la jurisprudencia están acordes en decir que, en este caso, el marido puede hacer el reemplazo hasta la disolución de la comunidad, y que aún podría hacerlo después de la disolución. Esta última proposición es inadmisible, la disolución de la comunidad fija la situación de las partes; la mujer cuyo inmueble ha sido enajenado sin reemplazo, solo tiene ya derecho á una compensación (art. 1,476). Aun nos parece muy dudoso que el marido pueda esperar hasta la disolución del matrimonio para hacer el reemplazo, en el sentido de que la mujer no tenga ninguna acción contra él para obligarlo á hacerlo antes. La mujer, se dice, nunca puede pretender que el marido ha faltado á su obligación, puesto que goza de un término indefinido para el reemplazo. (1) Cuando las partes no estipulan plazo, no resulta que el deudor goce de un término indefinido (arts. 1,900 y 1,901). Una oportunidad se presenta para hacer el reemplazo, éste es un término tácito convenido por los esposos; si el marido no satisface su obligación, la mujer debe tener el derecho de promover contra él para obligarlo. La Corte de Caen invoca el art. 1,176, según el cual la condición de que un acontecimiento sucederá, puede siempre cumplirse cuando no hay tiempo fijo. (2) Creemos que el art. 1,176 es inaplicable, pues no se trata de una condición, se trata de un plazo, y el plazo puede ser tácito.

Si el contrato estipula un plazo, la mujer debe tener acción contra el marido. Aun en este caso Troplong mantiene su doctrina: la cláusula, dice, es más bien indicativa que limitativa. Sin duda, si ninguna ocasión se ha presentado pa-

1 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 196, núm. 79 *bis* IV.
2 Caen, 27 de Mayo de 1840 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 1,447), y 26 de Febrero de 1845 (Dalloz, 1845, 2, 81).

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

ra hacer el reemplazo, el marido no tendrá la culpa: pero se supone que se presenta una oportunidad y que el marido descuida, no obstante, de hacer el reemplazo; pretender que la mujer no tendrá derecho de promover contra él, se viola la ley del contrato. Decir, como lo hace Troplong, que el marido es administrador de los propios de la mujer y que en la letra del contrato tiene mucha latitud, no es decir algo; estas son afirmaciones que contradice el contrato: ¿qué sucedería con las convenciones si así se les interpretasen? (1)

Si la mujer no usa de su derecho durante la comunidad, lo renuncia por esto mismo; en este sentido cuando menos, que después de la disolución de la comunidad, no tiene ya derecho sino á la compensación de su precio. (2) Pudiera suceder que no hubiese renuncia; la mujer tendría derecho, en este caso, á daños y perjuicios; esta es la consecuencia de toda obligación que no puede ya ser cumplida por culpa del deudor, y suponemos que hubo negligencia por parte del marido (art. 1,147).

387. ¿Tiene efecto contra terceros la cláusula de reemplazo? Se supone que el contrato de matrimonio dice que en caso de enajenación de un propio de la mujer, el marido debe hacer el reemplazo. ¿Resultará que el reemplazo sea una condición prescripta para la validez de la enajenación, de manera que si el reemplazo no se hace la mujer tendrá derecho para promover la resolución de la venta? La simple cláusula de reemplazo no puede tener efecto contra los terceros; es una garantía que la mujer estipula contra su marido; esta garantía no impone ninguna obligación á los terceros que contratan con el marido; no están, pues, obligados á cuidar de que se haga el reemplazo. La razón de esto es que los terceros adquirentes no pueden estar obligados en virtud de una cláusula que no se dirige á ellos. Sin duda deben ha-

1 Troplong, t. I, pág. 325, núm. 1,074. En sentido contrario, Colmet de Santerre, t. VI, pág. 196, núm. 79 *bis* IV.
2 Angers, 18 de Marzo de 1868 (Dalloz, 1868, 2, 82).

cerse presentar el contrato de matrimonio para asegurarse de los derechos del marido. Pero la simple cláusula de que se hará reemplazo, no altera los derechos de los esposos. Casada bajo el régimen de la comunidad, la mujer conserva el derecho de enajenar sus propios, y el reemplazo que debe hacer el marido no impide que esté capaz para enajenar. Es solo después de la enajenación cuando nace para el marido la obligación de hacer el reemplazo; en este momento los terceros adquirentes solo tienen una obligación, la de pagar el precio, y deben hacerlo en manos del marido, como administrador de los bienes de su mujer, sin poder exigir que el marido haga reemplazo. Estando sin derecho, están también sin obligación. Diremos más adelante que sucede de otra manera cuando los esposos están casados bajo el régimen dotal; la mujer dotal no puede enajenar los bienes dotales; si el contrato permite la enajenación á cargo de reemplazo, los terceros están en la obligación de cuidar que éste se haga, pues el reemplazo es la condición bajo la que el inmueble puede ser enajenado. Bajo el régimen de la comunidad, al contrario, la enajenabilidad es la regla, y la cláusula de reemplazo no deroga á la regla, no prohíbe á la mujer el enajenar, ni al marido el recibir el precio; está, pues, sin efecto con relación á los terceros.

La doctrina es contraria en este sentido, (1) y la jurisprudencia, después de algunas hesitaciones, ha consagrado la opinión enseñada por los autores. Hay sentencias que han decidido que la obligación de empleo constituye una condición de *capacidad* para la mujer, de manera que la mujer común se volviera incapaz para enajenar sus propios. Esta es sin duda la tradición romana del régimen dotal, lo que extravió á las cortes; la mujer común es capaz para enajenar,

1 Aubry y Rau, t. VI, págs. 307 y siguientes, y nota 82, y las autoridades que citan. Colmet de Santerre, t. VI, pág. 197, núm. 79 *bis* V.

y la garantía que estipula para el reemplazo del precio no la hace, por cierto, incapaz. (1) Es inútil insistir en este error; la Corte de Casación lo condenó y está ya abandonado. Lo que prueba que se trata de una preocupación romana, es que las sentencias casadas por la Corte Suprema han sido pronunciadas en los países de derecho escrito, y la Corte de Casación tiene buen cuidado de establecer la diferencia que existe, en este punto, entre un régimen que está fundado en la inenajenabilidad de los bienes dotales, y un régimen que mantiene el principio de la enajenabilidad. (2)

388. Las consecuencias de la jurisprudencia antigua eran graves: tendían nada menos que á imprimir el carácter de dotalidad á los propios de la mujer, cuando al casarse bajo el régimen de la comunidad, estipulaba el reemplazo en caso de enajenación. Un contrato de matrimonio tiene la cláusula siguiente: los esposos, al adoptar el régimen de la comunidad, se han reservado la facultad de enajener sus propios, á reserva de reemplazo, por parte del futuro esposo, por el precio que reciba de los propios de la mujer. Esta cláusula, dice la Corte de Dijon, debe tener un efecto; este efecto no puede ser otro que el de declarar nulas las enajenaciones de los propios de la mujer que no hubiesen sido seguidas de un reemplazo inmediato y de poner al abrigo estos bienes de la acción de los acreedores. Esto era aplicar al régimen de la comunidad las reglas del régimen dotal, y la Corte lo confesaba: Los esposos, dice, están libres para estipular la dotalidad de los bienes de la mujer, aunque casándose bajo el régimen de la comunidad, y lo hacen, en cierto punto, al estipular que los bienes de la mujer no podrán ser enajenados sin reemplazo. Sin duda, dice la Corte de Casación, al casar la sentencia de la Corte de Dijon, los

1 Véanse las sentencias citadas en el *Repertorio* de Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 1,462, y Caen, 21 de Febrero de 1845 (Dalloz, 1845, 2, 81).

2 Casación, 1.° de Marzo de 1859 (Dalloz, 1859, 1, 122).

esposos pueden, bajo el régimen de la comunidad, someter los propios de la mujer al régimen dotal, pero esta convención debe ser expresa, dice el art. 1,392; y la obligación de reemplazo no quita á la mujer el derecho de enajenar sus inmuebles, de hipotecarlos y obligarlos; esta cláusula nada tiene que ver con los terceros, da solo á la mujer un recurso contra su marido en el caso en que no hiciera reemplazo del precio de los bienes enajenados. (1) La doctrina condenada por la Corte de Casación era tan peligrosa como poco jurídica. Al ver que los esposos estaban casados bajo el régimen dotal, los terceros debían creer que la mujer tenía derecho para obligar sus bienes; contrataban con toda confianza, y después la mujer les oponía la cláusula de empleo y se substraía así á la ejecución de sus compromisos. Las cortes decían en vano que los terceros debían conocer las convenciones matrimoniales de aquellos con quienes trataban; son precisamente estas convenciones las que los engañaban cuando se interpretaban en el sentido de la dotalidad. Esto era aplicar contra los terceros, y en gran perjuicio suyo, una cláusula de empleo que, por su naturaleza, solo concierne á los esposos entre sí, pues no tiene otro objeto, y no puede tener otro efecto que el de hacer el reemplazo obligatorio cuando, en regla general, es facultativo. (2)

389. ¿Pueden las partes estipular la cláusula de empleo con el efecto que el empleo será obligatorio para con los terceros, de manera que la validez de las enajenaciones y de los compromisos contraídos por la mujer serán subordinados al reemplazo? La afirmativa está admitida por los autores y por la jurisprudencia, y no nos parece dudosa. Se permite á los esposos estipular que los bienes de la mujer común serán enajenables; esta convención, como todas las con-

1 Casación, 29 de Diciembre de 1841 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 1,458). Compárense las sentencias citadas en el núm. 1,461.

2 Limoges, 24 de Julio de 1857, y Denegada, 9 de Agosto de 1858 (Dalloz, 1858, 1, 371).

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

venciones matrimoniales, puede ser opuesta á los terceros. Con más razón pueden los esposos convenir en que la enajenación de los bienes de la mujer solo podrá hacerse bajo condición de reemplazo; y esta convención puede igualmente oponerse á los terceros; esto será la dotalidad en grado menor, la enajenación no siendo permitida sino bajo ciertas condiciones; y quien puede lo más puede lo menos. Los terceros no deben quejarse, pueden hacerse presentar el contrato de matrimonio de los esposos, y según las nuevas leyes promulgadas en Francia y en Bélgica, saben por las actas del estado civil si los esposos han hecho un contrato ante notario público.

¿Cuáles son los efectos de la cláusula? Acerca de este punto ha habido largas discusiones y una gran diversidad en la jurisprudencia. En los países de dotalidad, la inenajenabilidad de los bienes dotales está siempre gozando gran favor, y, por consiguiente, las cortes están inclinadas á interpretar las cláusulas de reemplazo en el sentido de la inenajenabilidad. Hemos dicho más atrás (núm, 128) que la Corte de Casación ha condenado estas exageraciones romanas. Las partes están libres para estipular lo que quieran, aun la inenajenabilidad de los bienes de la mujer, pero la ley quiere que ésta estipulación sea expresa (art. 1,392); si la cláusula de empleo no declara inenajenables los bienes de la mujer, quedarán bajo el imperio del derecho común, á pesar de la cláusula; este es hoy un principio universalmente admitido que la cláusula de empleo no imprime carácter de dotalidad á los bienes, aunque el empleo fuese obligatorio para los terceros. ¿Cuál será en este caso el efecto de la cláusula? Se debe siempre consultar el contrato de matrimonio, puesto que todo depende de las convenciones que constan en él. (1)

La cuestión fué presentada ante la Corte de Casación en los siguientes términos: Se dice en un contrato de matrimonio que el precio de los propios de la mujer no podrá ser recibido por el marido, sino bajo la condición de reemplazo; después, el contrato agrega: «La cláusula citada tendrá efecto para con los terceros, quienes deberán conformarse con ella para liberarse, no obstante sentencias contrarias que pudieran ser interpretadas favorablemente para ellos.» En el caso, la voluntad de las partes no era dudosa; la cláusula no hacía inenajenables los bienes de la mujer, tenía por objeto garantizar el empleo del precio; la mejor garantía era seguramente interesar á los compradores en el reemplazo, no permitiéndoles pagar sino cuando fuese hecho éste. Esta cláusula, dice la Corte, nada tiene de contrario á las leyes ni á las buenas costumbres, puesto que la obligación que impone á los terceros, es de derecho, bajo el régimen dotal. Los terceros no pueden quejarse, pues al comprar los bienes de la mujer, tuvieron conocimiento de la cláusula del contrato de matrimonio, y aceptaron así tácitamente la obligación de cuidar que se hiciera el reemplazo; he aquí el motivo jurídico de la obligación que incumbe á los terceros; no se puede objetar que éstos, siendo extraños en el contrato de matrimonio, no pueden estar ligados por una cláusula á la que no consintieron; el contrato de matrimonio puede ser opuesto á los terceros, en tanto que determina los derechos de los esposos; si el contrato dice que el marido no puede recibir el precio de la venta sino justificando el empleo, los terceros adquirentes no podrán pagarle sino bajo esta condición; se someten á ella al comprar; hay, pues, consentimiento por su parte. En el caso, se objetaba que la mujer había declarado renunciar la condición de reemplazo. La Corte contesta que la renuncia es nula, puesto que modifica las condiciones matrimoniales, las que no pueden sufrir ningún cambio. Después de la disolución del matrimonio, la mujer puede renunciar derechos que se establecieron exclusivamente en favor suyo, respetando derechos adquiridos;

1 Caen, 6 de Agosto de 1868 (Dalloz, 1868, 2, 27).

no lo puede hacer durante el matrimonio. (1) La consecuencia es que si los compradores pagan sin que haya habido reemplazo, quedan deudores del precio. La venta no es nula, pero la mujer puede pedir su rescisión si el comprador no paga el precio. Este es el derecho común.

390. La cláusula de empleo presenta además otra dificultad. Se pregunta si el reemplazo tendrá lugar de derecho pleno, en el sentido de que existirá por el solo hecho de que el marido haya comprado un inmueble en ejecución del contrato, sin declaración y sin aceptación de la mujer. La doctrina está muy insegura en este punto. Debe desde luego distinguirse entre la declaración del reemplazo y la aceptación. La declaración está requerida por la ley como una condición de la subrogación que autoriza; no vemos con qué derecho pudieran las partes substraerse á una obligación que de ley impone. No olvidemos que se trata de una ficción legal; todo es, pues, de la más estricta interpretación. Es en el momento de la adquisición cuando debe ser hecha la declaración; debe mencionar el origen del dinero y la intención de subrogar; sin esta doble declaración no pudiera haber reemplazo. La convención de reemplazo, aunque fuera obligatoria para los terceros, no substituye á la declaración de reemplazo. ¿Cuál es su objeto? El de obligar al marido á hacer el reemplazo interesando en él á los terceros. Queda por saber bajo qué condiciones habrá reemplazo cuando el marido quiera hacerlo; los arts. 1,434 y 1,435 contestan á esta cuestión.

¿Es también necesario que la mujer acepte? Suponemos la cláusula obligatoria. En nuestro concepto, la mujer no debe aceptar. ¿Por qué exige la ley la aceptación? Porque el marido obra sin poder; no habiendo consentido la mujer, está llamada á hacerlo y consiente aceptando. Tal no es ya la situación cuando el contrato impone al marido la obligación de hacer el reemplazo; la cláusula es un mandato que el marido está obligado á cumplir; no trata ya como gerente de negocios, sino como mandatario, y el mandatario es el intermediario del mandante, este último es el que consiente, el que habla en el contrato. Luego la mujer adquiere cuando el marido hace la adquisición, y adquiere con declaración de reemplazo; por lo tanto, se hace propietaria y el reemplazo está consumado. Se objetaría en vano que la adquisición hecha por el marido puede no convenir á la mujer y que no se debe invocar contra ella una cláusula que fué estipulada en su favor. Esto es raciocinar mal; no se trata de una cuestión de interés, se trata de una cuestión de derecho: ¿Ha dado mandato la mujer, ha consentido? Si; luego el reemplazo está hecho; la mujer no puede revocar su consentimiento. Debe aceptar cuando el marido compra; pero cuando hay reemplazo obligatorio, ella misma es quien compra, y sería absurdo hacerle aprobar lo que ella misma ha hecho, y aun más absurdo permitirle que rehuse un reemplazo que ella misma consintió.

¿Qué se dice en la opinión contraria? Troplong invoca primero la tradición. Escuchemos á Lebrum que se nos opone. Comienza por decir que no basta que se haya estipulado el reemplazo por un contrato de matrimonio, para que el reemplazo exista; se necesita además la declaración de reemplazo y la aceptación de la mujer. Tal es la regla y es incontestable. Pero, continúa Lebrun, esta regla sufre excepción en el caso en que haya cláusulas en el contrato de matrimonio equivalentes á un consentimiento dado durante el matrimonio. (1) Se ve que el testimonio de Lebrun se vuelve en contra de quien lo invocó. La cláusula de reemplazo puede substituir á la aceptación cuando implica un consentimiento. He aquí la teoría de Lebrun, es la nuestra. Queda por saber si la cláusula vale ó no como consentimiento.

1 Denegada, 16 de Julio de 1865 (Dalloz, 1865, 1, 131).

1 Lebrun, *De la comunidad*, págs. 317 y siguientes, núms. 66 y 68.

Esta cuestión es de hecho, puesto que depende de la interpretación del contrato. La Corte de Bourges ha decidido, en un caso, que la cláusula de reemplazo no valía de aceptación. Troplong se prevalece de esta sentencia; en verdad, la disposición solo interpreta la cláusula de un contrato, no asienta en principio que la aceptación esté siempre requerida á pesar de la cláusula de reemplazo; dice que la cláusula para valer como aceptación, no debe presentar ninguna ambigüedad, que el sentido debe ser claro por interés de las partes contratantes y por interés de los terceros. (1) Nosotros no decimos otra cosa. Lo que Troplong agrega en apoyo de estas pretendidas autoridades no está para dar crédito á su opinión. No puede negar que la cláusula de reemplazo obligatorio encierra un mandato, pero dice que no es un mandato para comprar definitivamente en nombre de la mujer. Si un mandato estuviera así limitado, es seguro que habría que atenerse á la convención, pero no se encuentra en la cláusula nada que pueda hacer sospechar estas restricciones; digamos más, si se admiten, la cláusula se hace inútil y no tiene ya ningún sentido: habría mandato sin que hubiera ningún poder dado al mandatario. Este es un mandato que Troplong imagina para la necesidad de su causa. (2)

391. Hay una última hipótesis en la que los autores están igualmente divididos. La cláusula dice que la primera adquisición hecha por el marido después de la enajenación del propio de la mujer, le servirá de reemplazo. ¿Es necesario, en este caso, una declaración de reemplazo y una aceptación? Se pudiera creer que la declaración y la aceptación son inútiles, habiendo declarado los esposos su voluntad de antemano. Si el reemplazo fuera regido por el derecho común, seríamos de esta opinión. Pero el reemplazo es

1 Bourges, 1.° de Febrero de 1831 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 1,424).

2 Mourlon, *Repeticiones*, t. III, pág. 70, nota. Véanse, en diverso sentido, las autoridades citadas por Aubry y Rau. t. V, pág. 308, nota 33.

una ficción, y no pertenece á las partes derogar á las prescripciones de la ley para que haya ficción. Hay, lo hemos dicho (núm. 390), en lo que concierne á la declaración de reemplazo. En cuanto á la aceptación solo es un consentimiento; y nada impide que la mujer consienta de antemano dando á su marido un mandato limitado: si la cláusula de reemplazo obligatorio vale aceptación, con más razón sucederá lo mismo cuando la mujer declara en el contrato que acepta, á título de reemplazo, la primera adquisición hecha por el marido. ¿Se dirá que la mujer se pone así á la merced del marido, quien quedará libre de hacer una adquisición desventajosa para la mujer? Nuestra respuesta es muy sencilla: la mujer así lo quiso. Si entendía reservarse la facultad de rehusar el reemplazo, debió decirlo. Si nada dice, se le aplicará el derecho común que rige al mandato: consiente; luego no puede derogar su consentimiento. (1)

SECCION II.—Del pasivo de la comunidad.

392. El pasivo de la comunidad presenta una dificultad análoga á la que hemos examinado al tratar del activo. Se trata de saber si las deudas que entran en el pasivo de la comunidad son las deudas de una persona moral, ó si son de los esposos asociados. He aquí cuál es el interés de la cuestión. Se consideran generalmente como personas morales á las compañías de crédito, de comercio ó de industria de que habla el art. 529, ó, en términos más generales, las sociedades de comercio, excepto las sociedades en participación. Toda sociedad tiene un activo y un pasivo. Cuando la sociedad es una persona civil, los bienes pertenecen á este sér fic-

1 Toullier, t. XII, pág. 314, núm. 363. Duranton, t. XIV, pág. 503, número 430. Troplong, t. I, pág. 338. núm. 1,138. Rodière y Pont exigen siempre la aceptación (t. I, pág. 594, núm. 689). Aubry y Rau (t. VI, págs. 308 y siguientes, nota 84) hacen distinciones que el legislador solo tiene el derecho de hacer.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

Esta cuestión es de hecho, puesto que depende de la interpretación del contrato. La Corte de Bourges ha decidido, en un caso, que la cláusula de reemplazo no valía de aceptación. Troplong se prevalece de esta sentencia; en verdad, la disposición solo interpreta la cláusula de un contrato, no asienta en principio que la aceptación esté siempre requerida á pesar de la cláusula de reemplazo; dice que la cláusula para valer como aceptación, no debe presentar ninguna ambigüedad, que el sentido debe ser claro por interés de las partes contratantes y por interés de los terceros. (1) Nosotros no decimos otra cosa. Lo que Troplong agrega en apoyo de estas pretendidas autoridades no está para dar crédito á su opinión. No puede negar que la cláusula de reemplazo obligatorio encierra un mandato, pero dice que no es un mandato para comprar definitivamente en nombre de la mujer. Si un mandato estuviera así limitado, es seguro que habría que atenerse á la convención, pero no se encuentra en la cláusula nada que pueda hacer sospechar estas restricciones; digamos más, si se admiten, la cláusula se hace inútil y no tiene ya ningún sentido: habría mandato sin que hubiera ningún poder dado al mandatario. Este es un mandato que Troplong imagina para la necesidad de su causa. (2)

391. Hay una última hipótesis en la que los autores están igualmente divididos. La cláusula dice que la primera adquisición hecha por el marido después de la enajenación del propio de la mujer, le servirá de reemplazo. ¿Es necesario, en este caso, una declaración de reemplazo y una aceptación? Se pudiera creer que la declaración y la aceptación son inútiles, habiendo declarado los esposos su voluntad de antemano. Si el reemplazo fuera regido por el derecho común, seríamos de esta opinión. Pero el reemplazo es

1 Bourges, 1.° de Febrero de 1831 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 1,424).

2 Mourlon, *Repeticiones*, t. III, pág. 70, nota. Véanse, en diverso sentido, las autoridades citadas por Aubry y Rau. t. V, pág. 308, nota 33.

una ficción, y no pertenece á las partes derogar á las prescripciones de la ley para que haya ficción. Hay, lo hemos dicho (núm. 390), en lo que concierne á la declaración de reemplazo. En cuanto á la aceptación solo es un consentimiento; y nada impide que la mujer consienta de antemano dando á su marido un mandato limitado: si la cláusula de reemplazo obligatorio vale aceptación, con más razón sucederá lo mismo cuando la mujer declara en el contrato que acepta, á título de reemplazo, la primera adquisición hecha por el marido. ¿Se dirá que la mujer se pone así á la merced del marido, quien quedará libre de hacer una adquisición desventajosa para la mujer? Nuestra respuesta es muy sencilla: la mujer así lo quiso. Si entendía reservarse la facultad de rehusar el reemplazo, debió decirlo. Si nada dice, se le aplicará el derecho común que rige al mandato: consiente; luego no puede derogar su consentimiento. (1)

SECCION II.—Del pasivo de la comunidad.

392. El pasivo de la comunidad presenta una dificultad análoga á la que hemos examinado al tratar del activo. Se trata de saber si las deudas que entran en el pasivo de la comunidad son las deudas de una persona moral, ó si son de los esposos asociados. He aquí cuál es el interés de la cuestión. Se consideran generalmente como personas morales á las compañías de crédito, de comercio ó de industria de que habla el art. 529, ó, en términos más generales, las sociedades de comercio, excepto las sociedades en participación. Toda sociedad tiene un activo y un pasivo. Cuando la sociedad es una persona civil, los bienes pertenecen á este sér fic-

1 Toullier, t. XII, pág. 314, núm. 363. Duranton, t. XIV, pág. 503, número 430. Troplong, t. I, pág. 338. núm. 1,138. Rodière y Pont exigen siempre la aceptación (t. I, pág. 594, núm. 689). Aubry y Rau (t. VI, págs. 308 y siguientes, nota 84) hacen distinciones que el legislador solo tiene el derecho de hacer.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

ticio que la ley distingue de los asociados; así mismo las deudas están á cargo de este sér moral; los socios, mientras dura la sociedad, no poseen bienes y no están obligados por las deudas. He aquí el interés práctico de la cuestión. Se aplica á la sociedad, considerada como persona civil, el principio establecido por el art. 2,092 (ley hipotecaria, art. 7): quien obliga á su persona, obliga á sus bienes; de manera que los bienes de la sociedad son la prenda de sus acreedores (art. 2,093; ley hip., art. 8). De esto la consecuencia que los acreedores de la sociedad se pagan del patrimonio social, de preferencia á los acreedores de los socios. ¿Sucede lo mismo con los acreedores de la comunidad para con los acreedores de los esposos?

La cuestión no puede presentarse en lo que se refiere á los acreedores del marido. En efecto, es de principio que toda deuda del marido es deuda de la comunidad; luego los acreedores del marido se vuelven acreedores de la comunidad cuando sus créditos son anteriores á la celebración del matrimonio; y si la deuda fué contraída durante el matrimonio, se aplica la regla que el marido al obligarse obliga á sus bienes; y los bienes del marido y los de la comunidad forman un solo patrimonio, del que dispone el marido como señor y dueño y que obliga al obligarse. Desde luego, no puede haber conflicto entre los acreedores del marido y los de la comunidad, unos y otros tienen por prenda el mismo patrimonio.

Se dirá que nuestra proposición es demasiado absoluta en lo que se refiere á deudas anteriores al matrimonio: estas deudas no entran todas en la comunidad, puesto que las deudas inmobiliares están excluidas; de manera que las deudas inmobiliares del marido le quedan personales y no pueden demandarse á la comunidad. Respecto de los acreedores de las deudas inmobiliares, el conflicto pudiera, pues, presentarse en teoría: ¿Serán éstos preferidos á los acreedores

de la comunidad? Esto supone que la puesta en comunidad de los bienes de los esposos es una enajenación. Y hemos dicho más atrás que los bienes comunes continúan perteneciendo á ambos esposos considerados como asociados. Esto decide la cuestión de deudas. Ninguna deuda puede estar á cargo de un patrimonio social distinto del patrimonio de los esposos, puesto que los bienes sociales son los bienes de los esposos. (1)

393. Hasta aquí solo hemos hablado de los acreedores del marido. Para con ellos no hay dificultad práctica; los autores que consideran á la comunidad como una persona moral, ni siquiera suponen un conflicto entre los acreedores de la comunidad y los acreedores del marido. Pero pretenden que el conflicto existe entre los acreedores de la mujer y los de la comunidad, y que en esta hipótesis, éstos deben preferirse á los acreedores de la mujer. «La comunidad, dice Troplong, forma tanto un cuerpo distinto, que los acreedores personales de la mujer son pospuestos á los acreedores de la comunidad en los efectos de la comunidad.» Troplong cita en apoyo de su opinión una sentencia de la Corte de Casación. (2) Examinemos primero la cuestión en teoría. Decimos que el conflicto no puede presentarse. Para las deudas contraidas por la mujer durante el matrimonio, esto es seguro. En efecto, la mujer no tiene el derecho de obligar á la comunidad por las obligaciones que consiente, á no ser que contraiga con autorización de su marido; en este caso, sus deudas entran en la comunidad y se vuelven deudas del marido, de manera que los acreedores de la mujer y los de la comunidad están en una misma línea: no puede tratarse de preferencia entre acreedores cuyos derechos son idénticos. Que si la mujer contrae con autorización de justicia, solo obliga

1 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 41, núm. 18 *bis* III, y pág. 42, núm. 81 *bis* IV.
2 Troplong, t. I, pág. 151, núm. 320.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

la nuda propiedad de los bienes que le son personales; sus acreedores no se vuelven acreedores de la comunidad. ¿Será porque la comunidad es una persona moral? Nó, es porque la mujer no puede obligar á la comunidad de la que el marido es señor y dueño. En cuanto á las deudas de la mujer anteriores al matrimonio, caen en la comunidad como las del marido, cuando son mobiliares y que tienen fecha cierta; á este respecto hay una diferencia entre el marido y la mujer. Si las deudas no tienen fecha cierta, no caen en la comunidad, los acreedores solo tienen acción en nuda propiedad de los propios de la mujer, por consiguiente, no puede haber conflicto entre estos acreedores y los de la comunidad; luego no hay preferencia. (1)

La sentencia invocada por Troplong está tan mal analizada, que se tiene dificultad en entender lo que la Corte de Casación sentenció. Se trataba de saber si el principio de la división de las deudas entre los herederos impide la aplicación del art. 883, según el cual el reparto es declarativo de propiedad, y luego si el principio consagrado por el artículo 883 es aplicable á la comunidad. Acerca de este último punto no hay duda, y el primero es extraño á los esposos comunes en bienes. Resulta del art. 883 que los créditos puestos en los lotes de los herederos del marido, no pueden ser embargados por los acreedores de la mujer, y que el embargo hecho antes de la partición viene á caer por el efecto declarativo del reparto. ¿Es esto una preferencia para los acreedores de la comunidad en contra de los acreedores de la mujer? La cuestión no tiene sentido común. En efecto, si el crédito hubiera sido puesto en el lote de la mujer, los acreedores de los herederos del marido no hubieran tenido ninguna acción en este crédito. ¿Quiere esto decir que los acreedores de la mujer son preferidos á los de la comunidad? No puede haber conflicto entre acreedores que, en el

1 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 42, núm. 18 *bis* IV.

caso, tienen deudores distintos. ¿De qué se trataba en el proceso? Un acreedor personal de la mujer embarga por mitad un crédito debido á la comunidad invocando la división de los créditos entre los herederos. Su demanda fué desechada. ¿Lo fué porque los acreedores de la comunidad son preferidos á los acreedores de la mujer? Nó, esta cuestión no fué tocada. El demandante invocaba únicamente el principio de la división de los créditos consagrado por los artículos 873 y 1,220, y la Corte de Casación rechazó su pretensión fundándose en el art. 883; el crédito puesto en el lote de los herederos del marido escapaba por esto mismo á la acción de los acreedores de la mujer. (1)

394. La cuestión de la personificación de la comunidad se presenta también en materia de compensación. En una sociedad de comercio, suponiendo que forme una persona civil, el activo social es distinto del patrimonio de los asociados; si la sociedad es acreedora, este crédito pertenece al sér moral, no pertenece á los socios. Estos no son, pues, acreedores de los deudores sociales; de esto se sigue que si son deudores de un deudor social, no le pueden oponer en compensación lo que debe á la sociedad por la parte que ellos tienen en ella, pues son deudores y no acreedores; ó si se quiere, el deudor de la sociedad no es deudor de los socios; luego la compensación es imposible.

¿Sucede lo mismo en materia de comunidad? Debe distinguirse entre el marido y la mujer. El marido, siendo dueño y señor de la comunidad, resulta que los créditos de ésta son suyos, lo mismo que es deudor de las deudas sociales; el marido puede, pues, compensar sus deudas con los créditos de la comunidad. (2) La mujer, al contrario, no puede compensar sus deudas con los créditos de la comunidad, porque estos créditos no le pertenecen, ni siquiera por su

1 Denegada, 24 de Enero de 1837 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 2,319).

2 Bruselas, 15 de Febrero de 1834 (*Pasicrisia*, 1834, 2, 44).

parte. ¿Es porque la comunidad es una persona civil? Nó, es porque el activo social pertenece al marido y se confunde con su patrimonio; la mujer es, pues, deudora y no acreedora, lo que hace la compensación imposible. (1)

ARTICULO I.—De las deudas que entran en el pasivo de la comunidad.

§ I.—Nociones generales.

395. La comunidad tiene un pasivo como tiene un activo. Pasiva ni activamente forma un cuerpo moral distinto de los esposos. Cuando se dice que la comunidad tiene un pasivo, esto no quiere decir que las deudas que entran en él sean deudas de una persona civil; son las deudas de los esposos considerados como asociados, así como los bienes de la comunidad son los bienes de ambos esposos asociados. Los esposos tienen también deudas que no entran en la comunidad que les quedan propias, así como tienen un patrimonio propio. Hay, pues, tres patrimonios pasivos, como hay tres patrimonios activos: la comunidad tiene su pasivo como cada esposo tiene el suyo. Acabamos de decir que la cuestión de saber si la comunidad es una persona civil, no tiene ningún interés en lo que se refiere á las deudas que están á su cargo. Son las deudas de ambos esposos. Durante la comunidad, el marido es quien es deudor; él á quien se persigue; él quien está obligado á pagar y lo está, no solo en los bienes comunes, sino también en sus propios; si es señor y dueño del activo social, lo es de sus propios bienes, en contra es también deudor de las deudas sociales. Esto es muy natural en lo que concierne á las deudas contraídas durante la comunidad, pues el marido es quien contrata y solo él tiene derecho para obligar á la comunidad. Lo mismo pasa con las deudas anteriores á la celebración del matrimonio; siempre que tengan fecha cierta, las deudas de la mujer entran

1 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 42, núm. 18 *bis* III, y pág. 43, núm. 18 *bis* V.

en el pasivo de la comunidad, y el marido es deudor de ellas, está obligado á pagarlas como jefe de la comunidad, no solo con los bienes comunes, sino también con los suyos, en el sentido de que un antiguo adagio dice: *Quien se casa con la mujer, se casa con sus deudas.* Pero en la disolución de la comunidad, el activo se divide, así como el pasivo; la mujer debe soportar la mitad de las deudas comunes. Diremos más adelante qué privilegios le concede la ley en este punto.

396. ¿Por qué ciertas deudas de los esposos entran en la comunidad, mientras que otras les quedan propias? La comunidad no es una sociedad universal, comprendiendo todos los bienes presentes y futuros de los socios; es justo que también estén obligados por ciertas deudas que les quedan propias. ¿Cuál es el principio que sigue la ley á este respecto? Hay que distinguir entre las deudas presentes; es decir, las que tienen los esposos cuando la celebración del matrimonio y las que contraen durante la comunidad.

En cuanto á las deudas anteriores al matrimonio, la ley sigue el principio de que el activo mobiliar está gravado con deudas mobiliares. La comunidad legal, dice Pothier, está cargada con todas las deudas mobiliares de que cada uno de los cónyuges era deudor cuando la celebración del matrimonio; esto está conforme con un principio de nuestro antiguo derecho francés: «que las deudas muebles de una persona están á cargo de la universalidad de sus muebles.» Cada uno de los cónyuges, al casarse, haciendo entrar la universalidad de sus muebles en la comunidad legal, resulta que la comunidad debe estar obligada á pagar sus deudas muebles. (1) El principio parece estar conforme con la regla de equidad que quiere que los cargos estén soportados por aquel que tiene los beneficios. En realidad, la aplicación que la ley hace del principio á la comunidad, lastima á la equidad, pues ésta es la igualdad. Y en el sistema del Código no hay

1 Pothier, *De la comunidad*, núm. 233.

parte. ¿Es porque la comunidad es una persona civil? Nó, es porque el activo social pertenece al marido y se confunde con su patrimonio; la mujer es, pues, deudora y no acreedora, lo que hace la compensación imposible. (1)

ARTICULO I.—De las deudas que entran en el pasivo de la comunidad.

§ I.—Nociones generales.

395. La comunidad tiene un pasivo como tiene un activo. Pasiva ni activamente forma un cuerpo moral distinto de los esposos. Cuando se dice que la comunidad tiene un pasivo, esto no quiere decir que las deudas que entran en él sean deudas de una persona civil; son las deudas de los esposos considerados como asociados, así como los bienes de la comunidad son los bienes de ambos esposos asociados. Los esposos tienen también deudas que no entran en la comunidad que les quedan propias, así como tienen un patrimonio propio. Hay, pues, tres patrimonios pasivos, como hay tres patrimonios activos: la comunidad tiene su pasivo como cada esposo tiene el suyo. Acabamos de decir que la cuestión de saber si la comunidad es una persona civil, no tiene ningún interés en lo que se refiere á las deudas que están á su cargo. Son las deudas de ambos esposos. Durante la comunidad, el marido es quien es deudor; él á quien se persigue; él quien está obligado á pagar y lo está, no solo en los bienes comunes, sino también en sus propios; si es señor y dueño del activo social, lo es de sus propios bienes, en contra es también deudor de las deudas sociales. Esto es muy natural en lo que concierne á las deudas contraídas durante la comunidad, pues el marido es quien contrata y solo él tiene derecho para obligar á la comunidad. Lo mismo pasa con las deudas anteriores á la celebración del matrimonio; siempre que tengan fecha cierta, las deudas de la mujer entran

1 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 42, núm. 18 *bis* III, y pág. 43, núm. 18 *bis* V.

en el pasivo de la comunidad, y el marido es deudor de ellas, está obligado á pagarlas como jefe de la comunidad, no solo con los bienes comunes, sino también con los suyos, en el sentido de que un antiguo adagio dice: *Quien se casa con la mujer, se casa con sus deudas.* Pero en la disolución de la comunidad, el activo se divide, así como el pasivo; la mujer debe soportar la mitad de las deudas comunes. Diremos más adelante qué privilegios le concede la ley en este punto.

396. ¿Por qué ciertas deudas de los esposos entran en la comunidad, mientras que otras les quedan propias? La comunidad no es una sociedad universal, comprendiendo todos los bienes presentes y futuros de los socios; es justo que también estén obligados por ciertas deudas que les quedan propias. ¿Cuál es el principio que sigue la ley á este respecto? Hay que distinguir entre las deudas presentes; es decir, las que tienen los esposos cuando la celebración del matrimonio y las que contraen durante la comunidad.

En cuanto á las deudas anteriores al matrimonio, la ley sigue el principio de que el activo mobiliar está gravado con deudas mobiliares. La comunidad legal, dice Pothier, está cargada con todas las deudas mobiliares de que cada uno de los cónyuges era deudor cuando la celebración del matrimonio; esto está conforme con un principio de nuestro antiguo derecho francés: «que las deudas muebles de una persona están á cargo de la universalidad de sus muebles.» Cada uno de los cónyuges, al casarse, haciendo entrar la universalidad de sus muebles en la comunidad legal, resulta que la comunidad debe estar obligada á pagar sus deudas muebles. (1) El principio parece estar conforme con la regla de equidad que quiere que los cargos estén soportados por aquel que tiene los beneficios. En realidad, la aplicación que la ley hace del principio á la comunidad, lastima á la equidad, pues ésta es la igualdad. Y en el sistema del Código no hay

1 Pothier, *De la comunidad*, núm. 233.

parte. ¿Es porque la comunidad es una persona civil? Nó, es porque el activo social pertenece al marido y se confunde con su patrimonio; la mujer es, pues, deudora y no acreedora, lo que hace la compensación imposible. (1)

ARTICULO I.—De las deudas que entran en el pasivo de la comunidad.

§ I.—Nociones generales.

395. La comunidad tiene un pasivo como tiene un activo. Pasiva ni activamente forma un cuerpo moral distinto de los esposos. Cuando se dice que la comunidad tiene un pasivo, esto no quiere decir que las deudas que entran en él sean deudas de una persona civil; son las deudas de los esposos considerados como asociados, así como los bienes de la comunidad son los bienes de ambos esposos asociados. Los esposos tienen también deudas que no entran en la comunidad que les quedan propias, así como tienen un patrimonio propio. Hay, pues, tres patrimonios pasivos, como hay tres patrimonios activos: la comunidad tiene su pasivo como cada esposo tiene el suyo. Acabamos de decir que la cuestión de saber si la comunidad es una persona civil, no tiene ningún interés en lo que se refiere á las deudas que están á su cargo. Son las deudas de ambos esposos. Durante la comunidad, el marido es quien es deudor; él á quien se persigue; él quien está obligado á pagar y lo está, no solo en los bienes comunes, sino también en sus propios; si es señor y dueño del activo social, lo es de sus propios bienes, en contra es también deudor de las deudas sociales. Esto es muy natural en lo que concierne á las deudas contraídas durante la comunidad, pues el marido es quien contrata y solo él tiene derecho para obligar á la comunidad. Lo mismo pasa con las deudas anteriores á la celebración del matrimonio; siempre que tengan fecha cierta, las deudas de la mujer entran

1 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 42, núm. 18 *bis* III, y pág. 43, núm. 18 *bis* V.

en el pasivo de la comunidad, y el marido es deudor de ellas, está obligado á pagarlas como jefe de la comunidad, no solo con los bienes comunes, sino también con los suyos, en el sentido de que un antiguo adagio dice: *Quien se casa con la mujer, se casa con sus deudas.* Pero en la disolución de la comunidad, el activo se divide, así como el pasivo; la mujer debe soportar la mitad de las deudas comunes. Diremos más adelante qué privilegios le concede la ley en este punto.

396. ¿Por qué ciertas deudas de los esposos entran en la comunidad, mientras que otras les quedan propias? La comunidad no es una sociedad universal, comprendiendo todos los bienes presentes y futuros de los socios; es justo que también estén obligados por ciertas deudas que les quedan propias. ¿Cuál es el principio que sigue la ley á este respecto? Hay que distinguir entre las deudas presentes; es decir, las que tienen los esposos cuando la celebración del matrimonio y las que contraen durante la comunidad.

En cuanto á las deudas anteriores al matrimonio, la ley sigue el principio de que el activo mobiliar está gravado con deudas mobiliares. La comunidad legal, dice Pothier, está cargada con todas las deudas mobiliares de que cada uno de los cónyuges era deudor cuando la celebración del matrimonio; esto está conforme con un principio de nuestro antiguo derecho francés: «que las deudas muebles de una persona están á cargo de la universalidad de sus muebles.» Cada uno de los cónyuges, al casarse, haciendo entrar la universalidad de sus muebles en la comunidad legal, resulta que la comunidad debe estar obligada á pagar sus deudas muebles. (1) El principio parece estar conforme con la regla de equidad que quiere que los cargos estén soportados por aquel que tiene los beneficios. En realidad, la aplicación que la ley hace del principio á la comunidad, lastima á la equidad, pues ésta es la igualdad. Y en el sistema del Código no hay

1 Pothier, *De la comunidad*, núm. 233.

igualdad: Esta exigiría que la comunidad fuese obligada por las deudas mobiliares de cada esposo según el valor del mueble que aportan á la comunidad. Y la ley no tiene en cuenta este valor proporcional. ¿Qué resulta de esto? Que la comunidad debe pagar las deudas de aquel de los esposos que nada trae á la comunidad, porque su fortuna es inmobiliar, mientras su cónyuge tiene una fortuna mueble y ninguna deuda; en semejante situación, la comunidad viene á ser un medio de pagar sus deudas á expensas de su cónyuge. De seguro, este resultado no está en armonía con la ley de igualdad y de equidad. (1)

Esto no es todo. La ley tomando en consideración la naturaleza de los bienes y de las deudas, resulta que las deudas muebles de los esposos entran en la comunidad, mientras que las deudas inmobiliares les quedan propias. En apariencia se aplica la máxima de equidad, que aquel que tiene los emolumentos, debe tener los cargos. En el derecho antiguo esta igualdad proporcional existía, en el sentido de que la mayor parte de las deudas eran inmobiliares. Se consideraba como tales á todas las rentas; y á consecuencia de la prohibición del préstamo con réditos, los capitales estaban casi todos colocados en rentas constituidas; las deudas mobiliares eran, pues, relativamente poco numerosas, y el activo mobiliar también tenía generalmente poca importancia; así era sobre todo en los tiempos lejanos en que fué introducida la comunidad; en el siglo XVI todavía un jurisconsulto pudo decir: *Vilis mobilium possesio.* Así, la fortuna inmobiliar de los esposos les quedaba propia, así como las deudas inmobiliares; es decir, casi todo el activo y el pasivo de los esposos estaba excluido de la comunidad. El mobiliar que les quedaba propio, tenía poca importancia; y lo mismo paba con los deudas mobiliares de que estaban gravadas.

1 Compárese Toullier, t. VI, 2, pág. 201, núm. 200, y los autores citados por Aubry y Rau, t. V, pág. 231, nota 22, pfo. 508.

Este estado de cosas ha cambiado del todo. Las fortunas mobiliares han tomado un considerable desarrollo y van cada día en aumento en nuestros días. Todos estos valores entran en el activo de la comunidad legal. Por otra parte, las rentas son muebles, según el Código Civil (art. 529); las deudas inmobiliares están en pequeño número, y tan dudosas que los autores ni siquiera están acordes acerca del punto de saber cuáles deudas son inmobiliares: lo que prueba que estas deudas no tienen ninguna importancia práctica. Así los cambios sobrevenidos en el estado social y en la legislación han trastornado las bases de la antigua comunidad. La igualdad subsiste, tal como se concilia en el derecho antiguo, cuando la fortuna de ambos esposos es inmobiliar; entra entonces en la comunidad con las deudas. No sucede lo mismo cuando uno de los esposos tiene una fortuna mueble y que el otro posee sólo inmuebles. Este conservará toda su fortuna, y si tiene deudas entrarán en la comunidad; este régimen tendrá por efecto que la fortuna mobiliar de uno de los esposos servirá para pagar las deudas del otro.

Se contesta á este reproche que los esposos están libres para estipular la separación de las deudas ó cualquiera otra cláusula que restablezca la igualdad entre ellos. Sin duda; así la mayor parte de aquellos que tienen alguna fortuna hacen contratos de matrimonio que derogan á la comunidad legal. Pero esto no contesta á la crítica que se hace al sistema de la ley. Puesto que ésta estableció un régimen de derecho común, ¿por qué no lo organizó de manera á mantener entre los esposos la igualdad que debe existir entre los asociados? Es seguro que la mayor parte de los contratos de matrimonio estipulan la comunidad de gananciales; tan es así que el régimen del derecho común ha dejado de responder á las necesidades é intereses actuales.

397. Las deudas contraídas durante el matrimonio, ya

por el marido, ya por la mujer autorizada por el marido, entran en el pasivo de la comunidad. Estas deudas tienen varias causas. Sólo diremos una palabra de las que el marido, ó la mujer en su nombre, contrae para la necesidad del matrimonio, para la mantención y educación de los hijos. Estas deudas se pagan con los productos y la comunidad goza de todos los productos de los esposos; es, pues, justo que ella sea quien pague los cargos. Hay otras deudas que la ley pone á cargo de la comunidad ó de los esposos, según que la comunidad ó los esposos aprovechen del activo alque estas deudas están ligadas: son las deudas de las sucesiones que vencen á los esposos durante el matrimonio. La ley no sigue en esta materia el principio tradicional que las deudas muebles gravan el activo mueble, mientras que las deudas inmuebles gravan el activo inmobiliar; no distingue si las deudas de las sucesiones son muebles ó inmuebles; todas las deudas que gravan una sucesión caen á cargo del que recoge los bienes. Aquí se puede decir con verdad: donde va el emolumento va al cargo. Si la sucesión es inmobiliar, queda propia del esposo heredero y debe también soportar todas las deudas, aunque fueran exclusivamente mobiliares, lo que es la regla en nuestro derecho moderno. Si la sucesión es parte inmobiliar y parte mueble, la comunidad está obligada con las deudas, sin distinción de naturaleza, en la proporción del valor mueble que recoge, y el esposo heredero soporta las deudas aunque sean todas muebles, en la proporción del valor de los inmuebles que le pertenecen en la herencia. Hé aquí la igualdad proporcional, cuando menos en lo que sé refiere al principio de la repartición de las deudas. Este es el verdadero principio. (1)

La ley sigue, pues, principios diferentes para las deudas presentes y para las deudas ligadas á las sucesiones. Para

1 Duranton, t. XIV, pág. 281, núm. 213. Marcadé, t. V, pág. 504, núm. 1 del artículo 1410. Colmet de Santerre, t. VI, pág. 105, núm. 51 bis XI, y página 121, núm. 51 *bis* I.

las primeras mantiene la distinción tradicional de las deudas mobiliares y de las deudas inmobiliares. Para las segundas desecha esta distinción y se atiene á la máxima de equidad según la que aquel que tiene el emolumento debe soportar el cargo.

398. Cuando se dice que una deuda cae en el pasivo de la comunidad, esto significa que el acreedor tiene acción contra la comunidad en los bienes que la componen, así como en los del marido, puesto que toda deuda de la comunidad es deuda del marido. En este sentido las deudas que entran en el pasivo de la comunidad son deudas comunes, y á este título se dividen entre los esposos en la disolucion de la comunidad. Esto es lo que expresa el Código diciendo que la comunidad está *obligada* por las deudas que entran en ella (art. 1,410); está obligada á pagar por promoción del acreedor. ¿Quiere esto decir que la comunidad deba soportar todas las deudas que caen en el pasivo? Nó; hay deudas que la comunidad no está *obligada* á pagar, pero cuando las ha pagado tiene una compensación contra el esposo en interés personal del cual han sido contraídas. Así, según el art. 1,409, núm. 1, la comunidad se compone pasivamente de todas las deudas muebles que tenían los esposos cuando se casaron, á *reserva* de compensación para aquéllos, relativa á los inmuebles propios á uno ú otro esposos. Si, pues, uno de los esposos era deudor de 10,000 francos, precio de un inmueble que había comprado antes de su casamiento, la comunidad está obligada á pagar dicha suma, puesto que es una deuda mueble anterior al matrimonio; pero si la paga tendrá una recompensa de 10,000 francos contra el esposo, porque esta deuda fué contraída en su exclusivo interés. Quedando el inmueble propio del esposo, es justo que pague su precio; si la comunidad debiera soportar esta deuda, el esposo se enriquecería á sus expensas, puesto que se crearían propios con dinero común, lo que es contrario al principio fundamental del régi-

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

men de la comunidad; el esposo que saca provecho personal de los bienes de la comunidad le debe recompensa (artículo 1,437).

Así, todas las deudas que entran en el pasivo de la comunidad no caen á su cargo. Deben distinguirse las relaciones de la comunidad con los acreedores y las relaciones de la comunidad con los esposos. En sus relaciones con los terceros, la comunidad está obligada por todas las deudas que, según la ley, entran en su pasivo. Esto es lo que, en lenguaje de escuela, se llama *obligación* del pago de las deudas, porque la comunidad está obligada á pagar las deudas sociales promovidas por los acreedores. Pero en la disolución de la comunidad y antes del reparto de los bienes comunes y de las deudas sociales, se procede al arreglo de las recompensas entre la comunidad y los esposos. Si la comunidad ha pagado una deuda contraída por exclusivo interés de uno de los esposos, por ejemplo para la adquisición de un inmueble antes de la celebración del matrimonio, tiene derecho por este punto á una recompensa. De esto resulta que le esposo debe, en definitiva, soportar las deudas que le son personales; y le son personales en el sentido de que aprovechan, no á la comunidad sino al esposo. Esto es lo que en lenguaje escolar se llama la *contribución* á las deudas. La *contribución* se rige por otro principio que la *obligación*. Para saber si la comunidad está obligada á pagar una deuda, debe verse si, según la ley, entra en el pasivo; no se considera la causa de la deuda, poco importa que haya sido contraída en provecho de la comunidad ó en interés personal de los esposos; basta que caiga en el pasivo para que la comunidad esté *obligada* para con los terceros. Después del pago, y cuando la liquidación de la comunidad, se presenta la cuestión de la contribución; ésta consiste en saber en interés de quién fué contraída la deuda: aquél es quien debe soportarla. Si fué por común interés, cada uno contribuye por su

parte; luego por mitad; así pasa con las deudas sociales propiamente dichas; la comunidad debe pagarlas, y también es ella quien las soporta; no tiene ninguna compensación, por este punto, contra los esposos; éstos *contribuyen* á ellas como *socios*; es decir, cada uno por mitad. Pues cuando se dice que la comunidad soporta una deuda, esto significa que los esposos como socios la soportan, puesto que la comunidad no es otra cosa que los esposos asociados. Si la deuda no concierne á los esposos como socios, si fué contraída por interés personal del marido ó de la mujer, es el esposo interesado quien la soporta solo; no hay lugar á que contribuya el otro esposo, puesto que ha quedado extraño en ella. Si la comunidad la ha pagado, tiene derecho á una recompensa contra el esposo en interés del cual fué contraída.

La distinción que acabamos de hacer es fundamental. Para cada categoría de deudas que entran en el pasivo de la comunidad hay que preguntarse: ¿La comunidad las paga y las soporta, ó sólo las paga á reserva de recompensa contra el esposo que las debe soportar? Cuando se dice que una deuda entra en el *pasivo* y que la comunidad *debe* pagarla, sólo quiere decir esto que la comunidad la debe pagar; pero de que la pague no resulta que la deuda deba ser soportada por ella; la comunidad tendrá una compensación si la deuda fué contraída en interés de uno de los esposos contra aquel que sacó el provecho.

399. De que las deudas de los esposos caen en la comunidad no debe concluirse que los esposos que las han contraído cesen de ser deudores. Hay dos convenciones: una entre el acreedor y uno de los esposos, y otra entre ambos esposos. Por la primera el esposo está constituido deudor; esta es una liga personal de la que no puede desprenderse por su voluntad, está obligado y permanece obligado hasta que su deuda esté pagada. Si esta deuda cae en la comunidad, esto es en virtud de una convención: el contrato de ma-

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

trimonio que interviene entre los esposos; esta convención es extraña á los terceros acreedores, quienes no intervienen en ella. Luego los esposos no pueden, al estipular que sus deudas entrarán en el pasivo, desprenderse del lazo de obligación que los liga con sus acreedores: permanecen deudores. Pero la convención tiene un efecto en valor de los terceros acreedores; es que las deudas, entrando en la comunidad, adquieren un nuevo deudor en este sentido, que pueden promover el pago de sus créditos en los bienes comunes. ¿Cómo puede el acreedor adquirir un nuevo deudor sin haber sido parte en el contrato? Esta es una aplicación del principio que las convenciones matrimoniales pueden ser invocadas por los terceros, como se les pueden oponer en lo que se refiere á los derechos de los esposos. Vamos á ver que generalmente los acreedores se aprovechan de este principio.

Las deudas del marido son, en general, deudas de comunidad; los acreedores tienen, en este caso, una garantía más para el pago; pueden promover contra el marido en sus bienes personales, y tienen además acción en los bienes de la comunidad, que proceden en parte de la mujer; así el deudor, al casarse bajo el régimen de la comunidad, no sustrae una parte de sus bienes á la acción de los acreedores; los bienes que pone en común continúan siendo en prenda, están siempre en su patrimonio, puesto que es señor y dueño de la comunidad. En cuanto á las deudas que contrae durante el matrimonio, está obligado á ellas personalmente, y, por consiguiente, en sus bienes y en los de la comunidad, pues cualquiera deuda del marido es una deuda de la comunidad. Esta da, pues, á los acreedores una nueva garantía, y esta es una de sus ventajas; el crédito del marido está aumentado, lo que es un elemento de éxito para las empresas agrícolas, comerciales ó industriales.

En cuanto á la mujer, sus acreedores parecen aparentemente perder en el régimen de la comunidad en lo que se

refiere á deudas anteriores al matrimonio. Conservan á la mujer como deuda, pues ni ésta ni el marido pueden desprenderse de sus obligaciones casándose bajo cualquiera régimen; pero la mujer pone sus muebles y el usufructo de sus inmuebles en la comunidad; sólo le queda la nuda propiedad de sus bienes: ¿puede quitar á sus acreedores una parte de su prenda sin enajenarla, pues, en nuestra opinión, la mujer no enajena sus bienes al ponerlos en comunidad? Nó, así los acreedores conservan su acción en los muebles y en el usufructo de los inmuebles de la mujer, las deudas de ésta entran en comunidad, y los acreedores encuentran en los bienes comunes los de la deudora más los que el marido ha puesto, y pueden promover su pago en los bienes propios del marido, de manera que en definitiva ganan un nuevo deudor. Este principio recibe, sin embargo, una excepción notable. Si las deudas no tienen fecha cierta anterior al matrimonior no caen en la comunidad; el acreedor conserva su acción contra la mujer, pero sólo en la nuda propiedad de sus bienes propios; pierden, pues, una prenda que les daba el mobiliar y el usufructo de los propios (art. 1,411). Diremos más adelante cuál es la razón de esta disposición; proviene del poder del marido en los bienes de la comunidad.

Quedan las deudas contraídas por la mujer durante el matrimonio; es deudora personal y si obró con la autorización de su marido, el acreedor tiene además acción en los bienes de la comunidad y en los bienes personales del marido, pues esta deuda cae en la comunidad, y toda deuda de la comunidad es deuda del marido (art. 1,419). Si la mujer se obliga con autorización de justicia, el acreedor sólo tendrá acción contra ella y sólo en la nuda propiedad de sus propios, aunque la mujer sea también copropietaria de los bienes comunes; pero no tiene el derecho de obligarlos á causa del poder que pertenece al marido en sus bienes, poder que

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

absorbe y neutraliza el derecho de la mujer como socio. (1)

§ II.—De las deudas de los esposos anteriores al matrimonio.

Núm. 1. Cuáles son deudas mobiliares.

400. Según el art. 1,409, núm. 1, la comunidad se compone pasivamente de todas las *deudas mobiliares* que tenían los esposos el día de la celebración de su matrimonio. ¿Qué se entiende por deudas mobiliares? Pothier contesta: "Una deuda es mobiliar cuando la cosa debida es mueble." Hemos dicho en el libro segundo cuáles son las cosas que la ley considera muebles, y hemos hecho la aplicación de estos principios á la comunidad, al tratar del activo de la comunidad. Hay correlación entre el activo y el pasivo: las cosas muebles que pertenecen á los futuros esposos entran en el activo; si son deudores de una cosa mueble, esta deuda entra en el pasivo. El principio, siendo idéntico, podemos trasladar á lo que hemos dicho más atrás (núms 213-236) y al Capítulo *De la división de bienes*.

401. Las deudas hipotecarias entran en el pasivo de la comunidad, así como los créditos hipotecarios entran en el activo y por identidad de razones. Aunque la hipoteca sea un derecho inmobiliar, la deuda no deja de ser mobiliar cuando tiene por objeto una cosa mueble, tal como una suma de dinero, pues el objeto de la deuda determina su naturaleza. (2)

402. Las rentas, cualquiera que sea su naturaleza, son muebles; las rentas activas entran en el activo de la comunidad, las rentas pasivas caen en el pasivo. Para las rentas

1 Mourlón, *Repeticiones*, t. III. pág. 30, núm. 75. Colmet de Santerre, tomo III. pág. 98, núm. 39 *bis* III.

2 Pothier, *De la comunidad*, núm. 236, y todos los autores. Douai, 6 de Enero de 1846 (Dalloz, 1846, 2, 217).

pasivas hay una pequeña dificultad de texto. Según el número 3 del art. 1,409, los réditos *solos* de las rentas que son personales á ambos esposos entran en el pasivo de la comunidad: la ley parece, pues, excluir á los capitales. Tal no es el sentido de la ley; dice una cosa muy sencilla: puede haber deudas, rentas ú otras, que queden propias de los esposos; la comunidad no por esto deja de tener que pagar y soportar los réditos, como teniendo el goce de los bienes que pertenecen á los esposos. (1) ¿Cuáles son estas deudas que que quedan personales á los esposos? Esto es lo que diremos más adelante.

403. El art. 1,409 agrega: "A reserva de recompensa para aquellos que son relativos á los inmuebles propios á uno de los esposos." ¿Quiere esto decir que dichas deudas no entran en la comunidad? Pothier parece entenderlo así. "Se tiene la costumbre, dice, de hacer una *excepción* al principio que todas las deudas mobiliares están á cargo de la comunidad. Esta *excepción* concierne las deudas muebles que tienen por causa el precio de un inmueble propio de uno de los cónyuges. Está fundada en que pareció demasiado duro que un cónyuge hiciera *pagar* á la comunidad el precio de una heredad que él retiene para sí solo y que le es propio de comunidad." (2) Se tiene aquí un ejemplo de la confusión que hemos señalado entre la *obligacion* de pago de las deudas y la *contribución* á las deudas (núm. 498). Pothier dice que, en este caso, hay excepción al principio; y el *principio* siendo que las deudas muebles entran en el pasivo, la excepción sería que la deuda contraída para la adquisición de un inmueble, no entrase en él; efectivamente Pothier dice que la comunidad no debe pagarla, de donde pudiera inducirse que el acreedor no tiene acción contra la comuni-

1 Lieja, 29 de Marzo de 1827 (*Pasicrisia*, 1827, pág. 118).

2 Pothier, *De la comunidad*, núm. 239.

absorbe y neutraliza el derecho de la mujer como socio. (1)

§ II.—De las deudas de los esposos anteriores al matrimonio.

Núm. 1. Cuáles son deudas mobiliares.

400. Según el art. 1,409, núm. 1, la comunidad se compone pasivamente de todas las *deudas mobiliares* que tenían los esposos el día de la celebración de su matrimonio. ¿Qué se entiende por deudas mobiliares? Pothier contesta: "Una deuda es mobiliar cuando la cosa debida es mueble." Hemos dicho en el libro segundo cuáles son las cosas que la ley considera muebles, y hemos hecho la aplicación de estos principios á la comunidad, al tratar del activo de la comunidad. Hay correlación entre el activo y el pasivo: las cosas muebles que pertenecen á los futuros esposos entran en el activo; si son deudores de una cosa mueble, esta deuda entra en el pasivo. El principio, siendo idéntico, podemos trasladar á lo que hemos dicho más atrás (núms 213-236) y al Capítulo *De la división de bienes*.

401. Las deudas hipotecarias entran en el pasivo de la comunidad, así como los créditos hipotecarios entran en el activo y por identidad de razones. Aunque la hipoteca sea un derecho inmobiliar, la deuda no deja de ser mobiliar cuando tiene por objeto una cosa mueble, tal como una suma de dinero, pues el objeto de la deuda determina su naturaleza. (2)

402. Las rentas, cualquiera que sea su naturaleza, son muebles; las rentas activas entran en el activo de la comunidad, las rentas pasivas caen en el pasivo. Para las rentas

1 Mourlón, *Repeticiones*, t. III. pág. 30, núm. 75. Colmet de Santerre, tomo III. pág. 98, núm. 39 *bis* III.

2 Pothier, *De la comunidad*, núm. 236, y todos los autores. Douai, 6 de Enero de 1846 (Dalloz, 1846, 2, 217).

pasivas hay una pequeña dificultad de texto. Según el número 3 del art. 1,409, los réditos *solos* de las rentas que son personales á ambos esposos entran en el pasivo de la comunidad: la ley parece, pues, excluir á los capitales. Tal no es el sentido de la ley; dice una cosa muy sencilla: puede haber deudas, rentas ú otras, que queden propias de los esposos; la comunidad no por esto deja de tener que pagar y soportar los réditos, como teniendo el goce de los bienes que pertenecen á los esposos. (1) ¿Cuáles son estas deudas que que quedan personales á los esposos? Esto es lo que diremos más adelante.

403. El art. 1,409 agrega: "A reserva de recompensa para aquellos que son relativos á los inmuebles propios á uno de los esposos." ¿Quiere esto decir que dichas deudas no entran en la comunidad? Pothier parece entenderlo así. "Se tiene la costumbre, dice, de hacer una *excepción* al principio que todas las deudas mobiliares están á cargo de la comunidad. Esta *excepción* concierne las deudas muebles que tienen por causa el precio de un inmueble propio de uno de los cónyuges. Está fundada en que pareció demasiado duro que un cónyuge hiciera *pagar* á la comunidad el precio de una heredad que él retiene para sí solo y que le es propio de comunidad." (2) Se tiene aquí un ejemplo de la confusión que hemos señalado entre la *obligacion* de pago de las deudas y la *contribución* á las deudas (núm. 498). Pothier dice que, en este caso, hay excepción al principio; y el *principio* siendo que las deudas muebles entran en el pasivo, la excepción sería que la deuda contraída para la adquisición de un inmueble, no entrase en él; efectivamente Pothier dice que la comunidad no debe pagarla, de donde pudiera inducirse que el acreedor no tiene acción contra la comuni-

1 Lieja, 29 de Marzo de 1827 (*Pasicrisia*, 1827, pág. 118).

2 Pothier, *De la comunidad*, núm. 239.

dad. Esto sería un error. Pothier se expresa mal diciendo que hay *excepción* al principio, y que la comunidad no debe pagar.

No hay excepción, la deuda del precio, siendo mueble, cae en el pasivo y la debe pagar la comunidad; pero cuando se trata de arreglar la contribución á las deudas, la comunidad podrá pedir *compensación*. Esta es la expresión del Código, y es más exacta que la de Pothier; implica, en efecto, que la comunidad debe pagar por promociones del acreedor, á reserva de repetir lo que pagó en interés personal de uno de los esposos. (1)

No hay, pues, por qué considerar por lo que la deuda fué contraída, cuando se trata de saber si cae en la comunidad; sólo debe de considerarse cuál es el objeto de la deuda; desde que es una cosa mueble, la comunidad debe pagarla, á reserva de ejercer su derecho contra el esposo si la deuda es *relativa á sus inmuebles propios*. Por esto se entiende no sólo el precio del inmueble de que es deudor el esposo, sino también las deudas que éste ha contraído para hacer trabajos de mejoras, para libertar al inmueble de alguna servidumbre; debe, en este caso, una recompensa á la comunidad, en virtud del art. 1,437, lo que prueba que la comunidad paga la deuda por promoción del acreedor, y es el esposo quien la soporta. Lo mismo sucede con las obligaciones que el esposo contrae al vender un inmueble propio. Si este inmueble no le pertenece, debe garantizar al comprador por la evicción que éste sufrirá; estos daños y perjuicios son una deuda mueble; la comunidad la paga á reserva de recompensa, puesto que la deuda es relativa á un inmueble, en el sentido del art. 1,409, núm. 1. El esposo que vende un propio aprovecha sólo del precio, quedándole este propio; en contra, está obligado personalmente por los compromisos

1 Durantón, t. XIV, pág. 309, núm. 228.

que resultan de la venta: personalmente, en sentido de que él es quien debe soportar la deuda. (1)

404. La deuda alternativa de una cosa mueble ó inmueble ¿entra en la comunidad? Hemos dicho en el título de las *Obligaciones* (t. XVII, núm. 228) que la naturaleza de la deuda depende de la elección, ya del deudor, ya del acreedor. Este principio se aplica al pasivo como al activo (núm. 229.) No hay ninguna duda, cuando es el acreedor del esposo quien escoge la cosa mueble y que el esposo deudor la paga. Pero si la elección pertenece al esposo deudor quien la hace, resultará que la comunidad quedará obligada á la duda, mientras que no lo fuera si hubiese escogido una cosa inmueble. ¿No debe decirse que el esposo se mejora por esto y que debe compensación por ello á la comunidad? Nó, pues esto sería quitarle en realidad su elección, es decir, de un derecho que le da la convención: el esposo que usa de este derecho no perjudica en nada á la comunidad, y por consiguiente no le debe ninguna indemnización.

Cuando la deuda es facultativa y que tiene por objeto una cosa mueble con facultad de pagarla en inmueble, es mobiliar y cae en la comunidad, aunque el esposo deudor pagase la cosa inmueble; y recíprocamente, la comunidad no estaría obligada si la deuda hubiese tenido por objeto un mueble y que el esposo deudor, usando de la facultad que le pertenece, pagase la cosa en inmueble: la comunidad debería, en este caso, una recompensa al esposo, mientras que tendría derecho á una compensación en la primera hipótesis. Esta es la aplicación de los principios que hemos establecido en el título de las *Obligaciones* y que ya hemos aplicado al tratar del activo de la comunidad (núm. 229). (2)

405. La deuda de un hecho es mobiliar, ya lo hemos di-

1 Aubry y Rau, t. VI, pág. 317 y nota 5, pfo. 508. Rodière y Pont, t. II, pág. 29, núm. 734.
2 Rodière y Pont, t. II, pág. 26, núms. 730-731.

cho al tratar del activo de la comunidad (núm. 221). Pothier da como razón que se resuelve en daños y perjuicios, á falta que el deudor llene su compromiso. La razón es buena; los daños y perjuicios no forman el objeto de la deuda, y la naturaleza de la deuda se determina por el objeto de la deuda. Transladamos á lo que fué dicho en el título de *las Obligaciones* (t. XVI, núm. 188) y al capítulo de la *división de bienes*. La deuda de un hecho nunca puede ser inmueble, pues el hecho no tiene por objeto la transmisión de dominio aunque el hecho sea relativo á un inmueble. Un arquitecto se obliga á construir una casa: ¿su obligación es inmueble porque consiste en la partición de un inmueble? Nó, pues no transfiere la propiedad del inmueble al acreedor; éste se hace propietario de la casa por derecho de accesión, porque es propietario del suelo; luego la deuda no es inmobiliar. (1)

La obligación del vendedor de un inmueble de hacer su evicción y saneamiento es, en nuestro concepto, mobiliar. Volveremos á este punto al tratar de las deudas que no entran en la comunidad. Todos admiten que las obligaciones accesorias que emanan de la evicción caen en la comunidad: tales son los daños y perjuicios que el vendedor deba pagar por causa de mora ó por haber percibido frutos ó haber destruido la cosa; los daños y perjuicios son por sí una deuda mueble; en el caso, lo son también porque derivan de la inejecución de una deuda mueble. (2) Lo mismo sucede con la obligación de garantía; no consiste en transmisión de la propiedad de un inmueble, tiene por objeto defender al comprador contra la evicción; por tanto, es mueble. (3)

Siempre se han considerado como muebles las obligaciones resultantes del arrendamiento de un inmueble, ya sea por el dueño, ya por el arrendatario, pues consisten en hacer y

1 Compárese Pothier, *De la comunidad*, núm. 235, y Troplong, t. I, pág. 243, núm. 711, el cual da una razón también, pero que no nos parece tan buena.
2 Pothier, *De la comunidad*, núm, 244. Aubry y Rau, t. V, pág. 318, núm. 8.
3 Durantón, t. XIV, pág. 295, núm. 225, y todos los autores.

no tienen por objeto la translación de un derecho real inmueble. En la teoría de Troplong, debiera decirse que estas obligaciones son inmobiliares puesto que se refieren á la translación de un derecho inmobiliar. Volveremos á esta teoría en el título del *Arrendamiento*.

Num. 2. Cuáles deudas mobiliares entran en el pasivo.

406. El art. 1,409 dice que «la comunidad se compone pasivamente de *todas* las deudas mobiliares que *tenían* los esposos el día de la celebración de su matrimio.» ¿Cuál es el sentido de la palabra *tenían*? Pothier se sirve de una expresión más clara y más exacta: dice que la comunidad está cargada con todas las deudas muebles de las que los esposos eran *deudores* en el momento de su matrimonio, lo que implica una liga personal de obligación; un esposo puede *tener* una deuda sin estar obligado personalmente; su inmueble está hipotecado por deuda de un tercero: el esposo no es, en este caso, deudor personal, la cosa es la que está *gravada*, no es la persona la que es deudora. ¿Entra esta deuda en la comunidad? Nó, pues el acreedor no tiene derecho de promover contra ella, su acción está dirigida contra el inmueble y la comunidad no es propietaria: es el esposo quien queda propietario, él es á quien se embarga por acción hipotecaria. Si, pues, la comunidad pagase la deuda con el fin de evitar el embargo, tendría una compensación contra el esposo. Se diría en vano, según el art. 2,168 (ley hipotecaria, art. 98) que el detentor del inmueble está *obligado* á abandonar el inmueble ó á pagar la deuda por la que éste está hipotecado. Diremos en el título de las *Hipotecas* que esta expresión es inexacta. El tercero detentor no está *obligado* sino á una cosa: á dejarse expropiar; pagar es para él un derecho, si usa de esta facultad para conservar el inmueble; luego el pago se hace en el exclusivo interés del esposo propietario; esta es

una de las causas por las que debe compensación, según el art. 1,437. Esto está admitido por todos; sabe que es preciso cuidarse de llamar á estas deudas deudas inmobiliares, como lo hace Troplong: la deuda, aunque garantizada por una hipoteca, es mueble, y la acción hipotecaria tiende á una cosa mueble, al pago de una suma de dinero. (1)

407. El art. 1,409 pone á cargo de la comunidad todas las deudas que tenían los esposos *en el día de la celebración de su matrimonio*. Se supone que los esposos hacen un contrato ante notario, y que después de la redacción del acta y antes de la celebración del matrimonio, contraen una deuda: ¿esta deuda entrará en el pasivo de la comunidad? En el derecho antiguo Lebrún sostenía la negativa, y esta opinión está seguida, bajo el imperio del Código, por Delvincourt y Battur. Es una de estas controversias que debiera proscribirse de nuestra ciencia, porque el texto del Código la decide. Acabamos de transcribir el art. 1,409; la ley hace entrar en la comunidad *todas* las deudas mobiliares de los esposos que tenían *el día de la celebración de su matrimonio*. Se necesitaría una excepción á esta regla absoluta para que las deudas contraídas después del contrato notariado y antes de la celebración del matrimonio, fuesen excluidas de la comunidad; la ley no exceptúa estas deudas de la regla, luego quedan comprendidas en ella. ¿Se invocará por vía de analogía la disposición del art. 1,404 que pone en el activo de la comunidad los inmuebles adquiridos en el intervalo que separa el contrato de matrimonio y la celebración de la unión conyugal? Contestaremos que no hay analogía. El art. 1,404 es una consecuencia de la inmutabilidad de las convenciones matrimoniales; no puede hacérseles cambio alguno antes de la celebración del matrimonio sino bajo las condiciones prescriptas por los arts. 1,396 y 1,397.

1 Pothier, *De la comunidad*, núm. 233 Durantón, t. XIV, pág. 290, número 220. Rodière y Pont, t. II, pág. 28, núm. 733. Troplong, t. I, pág. 243, número 715.

Estos principios nada tienen de común con las deudas que contraen los esposos después del contrato de matrimonio; estas deudas no derogan á las convenciones matrimoniales, pues entre dichas convenciones se encuentra precisamente el art. 1,409 que hace entrar en la comunidad todas las deudas que los esposos contraen hasta la celebración del matrimonio. (1)

408. El art. 1,409, después de haber establecido la regla, hace una restricción: todas las deudas mobiliares de los esposos, anteriores al matrimonio, caen en el pasivo de la comunidad, «á reserva de recompensa para aquellas relativas á los inmuebles propios á uno de los esposos.» Hay, pues, que distinguir; hay deudas muebles anteriores al matrimonio que la comunidad debe pagar, y que también soporta, en el sentido que no tiene derecho á compensación por este punto. Hay otras que paga á reserva de compensación. El pago de las deudas muebles contraídas por los esposos antes de su matrimonio está siempre á cargo de la comunidad, pero ésta tiene derecho á una compensación para aquellas que son relativas á los inmuebles propios de los esposos; de ahí la distinción entre el pago de las deudas y la contribución.

Num. 3. Del pago de las deudas

409. La comunidad debe pagar todas las deudas muebles de que eran deudores los esposos cuando la celebración del matrimonio. ¿Debe el acreedor probar que la deuda de que reclama el pago contra la comunidad, ha sido contraída antes del matrimonio? El Código distingue cuando se trata de deudas del marido; la ley no exige ninguna prueba; mientras que dispone que la comunidad no está obligada por las deudas mobiliares contraídas antes del casamiento por la

1 Rodière y Pont, t. II, pág. 14, núm. 714. Aubry y Rau, t. V, pág. 321, nota 23, pfo. 508.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

una de las causas por las que debe compensación, según el art. 1,437. Esto está admitido por todos; sabe que es preciso cuidarse de llamar á estas deudas deudas inmobiliares, como lo hace Troplong: la deuda, aunque garantizada por una hipoteca, es mueble, y la acción hipotecaria tiende á una cosa mueble, al pago de una suma de dinero. (1)

407. El art. 1,409 pone á cargo de la comunidad todas las deudas que tenían los esposos *en el día de la celebración de su matrimonio*. Se supone que los esposos hacen un contrato ante notario, y que después de la redacción del acta y antes de la celebración del matrimonio, contraen una deuda: ¿esta deuda entrará en el pasivo de la comunidad? En el derecho antiguo Lebrún sostenía la negativa, y esta opinión está seguida, bajo el imperio del Código, por Delvincourt y Battur. Es una de estas controversias que debiera proscribirse de nuestra ciencia, porque el texto del Código la decide. Acabamos de transcribir el art. 1,409; la ley hace entrar en la comunidad *todas* las deudas mobiliares de los esposos que tenían *el día de la celebración de su matrimonio*. Se necesitaría una excepción á esta regla absoluta para que las deudas contraídas después del contrato notariado y antes de la celebración del matrimonio, fuesen excluidas de la comunidad; la ley no exceptúa estas deudas de la regla, luego quedan comprendidas en ella. ¿Se invocará por vía de analogía la disposición del art. 1,404 que pone en el activo de la comunidad los inmuebles adquiridos en el intervalo que separa el contrato de matrimonio y la celebración de la unión conyugal? Contestaremos que no hay analogía. El art. 1,404 es una consecuencia de la inmutabilidad de las convenciones matrimoniales; no puede hacérseles cambio alguno antes de la celebración del matrimonio sino bajo las condiciones prescriptas por los arts. 1,396 y 1,397.

1 Pothier, *De la comunidad*, núm. 233 Durantón, t. XIV, pág. 290, número 220. Rodière y Pont, t. II, pág. 28, núm. 733. Troplong, t. I, pág. 243, número 715.

Estos principios nada tienen de común con las deudas que contraen los esposos después del contrato de matrimonio; estas deudas no derogan á las convenciones matrimoniales, pues entre dichas convenciones se encuentra precisamente el art. 1,409 que hace entrar en la comunidad todas las deudas que los esposos contraen hasta la celebración del matrimonio. (1)

408. El art. 1,409, después de haber establecido la regla, hace una restricción: todas las deudas mobiliares de los esposos, anteriores al matrimonio, caen en el pasivo de la comunidad, «á reserva de recompensa para aquellas relativas á los inmuebles propios á uno de los esposos.» Hay, pues, que distinguir; hay deudas muebles anteriores al matrimonio que la comunidad debe pagar, y que también soporta, en el sentido que no tiene derecho á compensación por este punto. Hay otras que paga á reserva de compensación. El pago de las deudas muebles contraídas por los esposos antes de su matrimonio está siempre á cargo de la comunidad, pero ésta tiene derecho á una compensación para aquellas que son relativas á los inmuebles propios de los esposos; de ahí la distinción entre el pago de las deudas y la contribución.

Num. 3. Del pago de las deudas

409. La comunidad debe pagar todas las deudas muebles de que eran deudores los esposos cuando la celebración del matrimonio. ¿Debe el acreedor probar que la deuda de que reclama el pago contra la comunidad, ha sido contraída antes del matrimonio? El Código distingue cuando se trata de deudas del marido; la ley no exige ninguna prueba; mientras que dispone que la comunidad no está obligada por las deudas mobiliares contraídas antes del casamiento por la

1 Rodière y Pont, t. II, pág. 14, núm. 714. Aubry y Rau, t. V, pág. 321, nota 23, pfo. 508.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

mujer, sino cuando la anterioridad está probada según el derecho común (art. 1,410). ¿Cuál es la razón de esta distinción? Si la comunidad fuera una persoua civil, se pudiera decir que las deudas de los esposos no tienen fecha cierta para con ellos sino en los casos previstos por el art. 1,328; pero, en nuestra opinión, la comunidad no es otra cosa más que ambos esposos considerados como socios; la comunidad no es, pues, un tercero. Si el acreedor de una deuda consentida por la mujer debe probar que es anterior al matrimonio, es por razón del poder que el marido tiene en la comunidad. El es señor y dueño; la mujer no la puede obligar, á no ser que obre con autorización de su marido; y si las deudas contraídas antes del matrimonio hubieran caído en la comunidad sin tener fecha cierta, la mujer hubiera podido obligar á la comunidad sin autorización, anticipando la fecha de las actas. Es para evitar este fraude á los derechos del marido que la ley exige la prueba de la anterioridad para que la deuda caiga en el pasivo de la comunidad. La disposición del art. 1,410 estando fundada en la dependencia de la mujer y en el poder absoluto del marido, no es necesario decir que no recibe aplicación á las deudas del marido; la mujer no puede pedir que una deuda del marido quede á su cargo personal, como no teniendo fecha cierta anterior al matrimonio, pues el marido tiene el poder ilimitado para obligar á la comunidad por las obligaciones que contrae; si, pues, la deuda del marido fué realmente contraída antes del matrimonio, cae en la comunidad en virtud de la regla del art. 1,409; y si fué contraída durante el matrimonio, cae también en la comunidad en virtud del principio que toda deuda del marido es deuda de la comunidad. (1)

410. ¿Cómo probará el acreedor que la deuda de la mujer que promueve contra la comunidad es anterior al matrimonio? El art. 1,410 contesta á esta pregunta, pero la contesta de una manera incompleta: «la comunidad sólo está obligada por las deudas muebles de la mujer contraídas antes del matrimonio, cuando resultan de una acta auténtica anterior al matrimonio, ó habiendo recibido antes de la misma época una fecha cierta, sea por el registro, sea por la muerte de uno ó varios signatarios de ella.» Se ve que la ley aplica á las relaciones de los acreedores con la comunidad el principio del art. 1,328, considerándola como un tercero. Pero el art. 1,410 no reproduce todo el art. 1,328: el acta privada tiene fecha cierta en los tres casos previstos por el art. 1,328; el art. 1,410 no reproduce el tercero. El acta privada recibe fecha cierta del día en que su substancia ha sido comprobada en actas rèdactadas por oficiales públicos, tales como cedulas ó inventarios. De que el art. 1,410 no menciona este caso ¿debe concluirse que la deuda de un acreedor de la mujer no tendrá fecha cierta si la substancia del contrato constara en una acta pública? Nó, seguramente. La omisión del art. 1,410 es indiferente; no es el artículo 1,410 sino el art. 1,328 el que determina en qué casos una acta privada tiene fecha cierta; el art. 1,410 sólo es una disposición de relación, se refiere al art. 1,328 y no lo deroga, ni tenía el menor motivo para derogarlo. Además, abstracción hecha del art. 1,328 y del art. 1,410, el acta tiene fecha cierta desde que consta auténticamente, y es el caso cuando el acta está relatada en un escrito redactado por un oficial público. (1)

411. ¿Hay otros casos en los que el acta privada adquiere fecha cierta? Pothier era de opinión que debía tenerse en consideración á las circunstancias. Esta era la común opinión en el derecho antiguo. (2) La Corte de Grenoble ha

1 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 117, núm. 48 bis I y II.

1 Aubry y Rau, t. V, pág. 319 y nota 15, pfo. 508, y todos los autores.
2 Pothier, *De la comunidad*, núm. 259. Ferriére acerca de la costumbre de París, art. 221, pfo. I, núm. 6.

sentenciado en el mismo sentido. (1) En nuestro concepto, esto es un error. El art. 1,328, al que el art. 1,410 translada implícitamente, es restrictivo, como lo hemos dicho en el título *De las obligaciones* (t. XIX, núm. 286). No puede uno prevalecerse del antiguo derecho, porque en este punto el Código lo derogó. Esto es decisivo.- Hay, sin embargo, autores que se atienen á la tradición. Troplong aprueba la sentencia de la Corte de Grenoble: «En todo quiero á la verdad, dice, y prefiero el hecho verdadero á una verdad de convención.» (2) Nada puede ser mejor mientras no dijo nada la ley. Pero cuando el legislador ha hablado, el intérprete debe atenerse á la ley: debe quererla más aún que á la verdad, pues la verdad es la teoría, y la teoría debe ceder á la ley positiva. (3)

412. El art. 1,410 está también incompleto ó inexacto bajo otro aspecto. Decide en términos absolutos que la comunidad sólo está obligada por las deudas de la mujer si su anterioridad consta por *actas* teniendo fecha cierta. Esto implica que la fecha cierta sólo puede resultar, ya de actas auténticas, ya de actas privadas. Así entendido el art. 1,410 sería contrario al principio que rige á la prueba. Y lo repetimos, el legislador no pudo tener el pensamiento de derogar las reglas que estableció acerca de las pruebas, puesto que no hay para ello ningún motivo. Queda uno, pues, bajo el imperio del derecho común. Y según el derecho común, la existencia y, por consiguiente, la fecha de las deudas se establece por testigos cuando el valor de la suma no excede de 150 francos. La prueba testimonial se admite también cuando el acreedor tiene un principio de prueba por escrito en el caso en que le fué imposible procurarse una prueba literal (arts. 1,341, 1,347, 1,348); y cuando un escrito no es necesario para probar la deuda, se entiende que no puede tratarse de fecha cierta del acta en que conste, puesto que no hay acta. (1) Lo mismo pasa, por identidad de motivos, con las deudas comerciales: no quedan sometidas á las reglas del derecho civil en lo que se refiere á la prueba, pudiendo ser establecidas por testigos; la fecha también lo será por la prueba testimonial. (2)

1 Grenoble, 13 de Mayo de 1831 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 3,421).
2 Troplong, t. I, pág. 253, núm. 773. Compárese Bugnet acerca de Pothier, t. VII, pág. 165.
3 Esta opinión es bastante general (Aubry y Rau, t. V, pág. 319,nota) 15.

413. Cuando la deuda de la mujer tiene fecha cierta, cae en el pasivo de la comunidad; por consiguiente, el acreedor tiene acción contra la comunidad y contra el marido en sus bienes personales, y conserva su acción contra la mujer deudora personal. Si la deuda de la mujer no tiene fecha cierta, no entra en la comunidad; el acreedor no podrá, pues, promover contra la comunidad ni contra el marido. Puede hacerlo contra la mujer; ¿pero en qué bienes? El art. 1,410 contesta que el acreedor sólo puede promover contra la mujer en la nuda propiedad de sus bienes personales. Tiene acción contra ella á reserva que la mujer le oponga la nulidad de la obligación probando que fué contraída durante el matrimonio; es nula en este caso por falta de autorización del marido. Decimos que la mujer debe probár que se obligó durante el matrimonio; la ley no establece ninguna presunción á este respecto, puesto que da acción al acreedor contra la mujer, lo que supone que la convención no está presumida nula. Es verdad que la ley no da acción al acreedor contra la comunidad, pero esto es únicamente para evitar que la mujer obligue á la comunidad sin autorización de su marido. Además, las partes quedan bajo el imperio del derecho común; á la mujer toca probar el fundamento de la excepción de nulidad que ella opone al acreedor. El marido pue-

1 Aubry y Rau, t. V, pág. 320, notas 20-22, y los autores que citan.
2 Angérs, 2 de Abril de 1851 (Dalloz, 1851, 2, 53). Sentencia del Tribuna de Comercio de Bruselas, 20 de Abril de 1872 (*Pasicrisia*, 1872, 3, 330).

de también pedir la nulidad de la obligación como habiendo sido consentida sin su autorización; este es el derecho común.

¿En qué bienes puede el acreedor perseguir á la mujer? En la nuda propiedad de sus inmuebles personales, dice el art. 1,410. No puede perseguirla en sus muebles porque los muebles han entrado en la comunidad y la mujer no tiene derecho de obligar á ésta. Por identidad de razón, el acreedor no puede embargar los frutos de los inmuebles propios á la mujer; pertenecen á la comunidad, es decir, al marido, en el sentido que sólo él tiene derecho de disponer de ellos; la mujer no tiene en ellos ningún derecho durante la comunidad.

Se dice que resulta de esto una singular consecuencia: es que la mujer puede obligar la nuda propiedad de sus bienes por deudas que contrae sin autorización marital. (1) Esto no es exacto en derecho. En efecto, si el acreedor persigue la expropiación de los bienes de la mujer, el marido puede intervenir y pedir la nulidad de la obligación consentida por su mujer sin autorización, y la nulidad será pronunciada por el tribunal, de manera que el acreedor quedará sin ninguna acción. De hecho puede suceder que el acreedor expropie la nuda propiedad de los bienes de la mujer por obligaciones que contrajo durante el matrimonio; pero es preciso para esto que la mujer no se prevalezca de su incapacidad, y es necesario que el marido quede inactivo.

414. Cuando un acreedor de la mujer promueve contra el marido, éste puede contestar la acción con una denegada si la deuda no tiene fecha cierta. Pero puede suceder que no oponga esta excepción y que pague. ¿Cual será el efecto del pago? El art. 1,410 contesta: «El marido que pretendiere haber pagado por su mujer una deuda de esta naturaleza

1 Mourlón, *Repeticiones*, t. III, pág. 32, nota. Compárese Marcadé, t. V, página 500.

no puede pedir compensación á su mujer ni á sus herederos.»

Se concibe que el marido que paga una deuda de su mujer sin que tenga fecha cierta anterior al matrimonio, no pueda reclamar ninguna compensación en nombre de la comunidad; habiendo pagado voluntariamente esta deuda, reconoce que es anterior al matrimonio, lo que puede suceder frecuentemente; en este caso es justo que la pague la comunidad sin indemnización, suponiendo que se trata de una deuda que la comunidad debe soportar sin compensación. Puede ser que sea este el caso para el que la ley dice que el marido que *pretendiere* haber pagado por su mujer una deuda anterior al matrimonio, sin que tenga fecha cierta de esta anterioridad, no puede pedir compensación. Esto quiere decir que el marido que ha pagado no puede pretender que la deuda fué contraída durante el matrimonio y que ha sido anticipada en su fecha, de donde resultaría que hubiera pagado una deuda que no debe soportar la comunidad. No puede *pretender* esto, porque su hecho está en oposición con su pretensión. Si realmente la deuda tenía fecha anticipada, su deber era no pagarla; al pagarla, testifica que no hay fraude; en este supuesto, paga una deuda anterior al matrimonio y, por lo tanto, no tiene recompensa que reclamar. Con más razón no podría el marido pedir compensación si confesaba que la deuda es anterior al matrimonio: el pago es una confesión tácita, y la confesión expresa debe tener cuando menos el mismo efecto. Decimos cuando menos, pues el pago sólo es una probabilidad; el marido al pagar pudo tener otra intención que la que le supone la ley; por ejemplo, la de evitar la expropiación de un inmueble propio de la mujer, mientras que la confesión expresa no deja ninguna duda acerca de la intención del marido; no puede revocar esta confesión, pues toda confesión es irrevocable y hace fe plena contra quien la hace (art. 1351). La

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

corte de casación lo sentenció así; (1) no invoca la confesión del marido, dice que éste puede renunciar á la excepción que el art. 1,410 le concede contra la acción del acreedor. Pero esta renuncia no es otra cosa que una confesión; es, en definitiva, porque el marido reconoce la anterioridad de la deuda que paga.

415. ¿Puede el marido reservarse un recargo contra la mujer, al pagar una deuda que no tiene fecha cierta? Se admite generalmente la afirmativa, y con razón. En principio, si se hace abstracción de art. 1,410, esto no es dudoso. El marido no está obligado á pagar, pero cualquier tercero está libre para pagar por el deudor, y si paga, tiene un recurso por la acción de gestión de negocios ó por la *de in rem verso*. El marido puede, pues, declarar que paga, no como jefe de la comunidad, pero como tercero obrando en nombre y en interés de la mujer. Se opone el art. 1,410 que, se dice, prohibe toda indemnización al marido en términos absolutos. Esta bien, si el marido pagó como tal; nó, si pagó como gerente de negocios. El marido, haciendo reservas expresas, puede decir que si paga, no es porque reconozca que la deuda es anterior al matrimonio, sino únicamente para evitar la expropiación de los bienes de la mujer, á reserva de su recurso contra ella. El art. 1,410 no está en contrario; supone que el marido ha pagado sin ninguna reserva; y, el marido estando demandado en calidad de jefe de la comunidad, es también con esta calidad como paga, y pagando sin explicación ni reservas, el pago implica una confesión de la autencidad de la deuda; desde luego no puede revocar su propio hecho. (2)

416. Hay también un caso en el que el marido puede reclamar una indemnización según el derecho común; esto es cuando la mujer contrajo la deuda por interés de sus propios; ella es quien debe soportarla, aunque el marido confesará expresamente que la deuda es anterior á la celebración del matrimonio; y la confesión tácita que resulta del pago, no puede tener más efecto que la confesión expresa. No puede oponerse el art. 1,410, pues la ley no prevee este caso que entra en la regla general del art. 1,409, relativa á las compensaciones. Esto no es dudoso. (1)

1 Denegada, 9 de Diciembre de 1856 (Dalloz, 1856, 1, 452). Rodière y Pont, t. II, pág. 13, núm. 712.

2 Aubry y Rau, t. V, pág. 320, nota 27, pfo. 508 y los autores que citan. En sentido contrario, Troplong, t. I, pág. 254, núm. 783.

417. La aplicación del art. 1,410 ha dado lugar á una dificultad. Se supone que la mujer común en bienes se ha reservado el derecho de recibir de sus recibos propios cierta cantidad para sus gastos personales. Un acreedor cuyo título no tiene fecha cierta anterior al matrimonio ¿puede embargar esta suma? No, y sin ninguna duda. El acreedor no tiene ninguna acción en los bienes de la comunidad, y la suma que la mujer se ha reservado el derecho de recibir hace parte del activo; sólo que en lugar de recibirla el marido la recibe la mujer; luego no puede ser embargada por el acreedor. Se ha objetado que el acreedor puede ejercer todos los derechos de su deudor; pudiendo la mujer disponer de la suma se dice que sus acreedores deben tener el derecho de embargarla. La corte de casación contesta que los acreedores de la mujer no pueden hacer lo que la misma mujer no pudiera. ¿Qué resulta del embargo? Es que los gastos de la mujer caerían en la comunidad, y la mujer no puede cargarse estos gastos, y sus acreedores no tienen mayores derechos que ella. En definitiva, los acreedores no pueden formar contra la mujer una acción que indirectamente estaría dirigida contra la comunidad. (2)

1 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 49, núm. 50 *bis*.

2 Casación, 9 de Agosto de 1820 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 915).

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

Núm. 4. De la contribución.

418. El art. 1409, después de haber dicho que la comunidad se compone pasivamente de todas las deudas que tenían los esposos el día de la celebración de su matrimonio, agrega: «A reserva de recompensa para aquellas relativas á los inmuebles propios de uno de los esposos.» Decir que la comunidad tiene derecho á una récompensa, es decir que debe en verdad pagar estas deudas por promoción del acreedor, pero que tendrá un recurso contra el esposo en cuyo interés fué contraída la deuda. El derecho á la compensación es una consecuencia del principio consagrado por el art. 1,437: «Todas las veces que un esposo ha sacado provecho personal de los bienes de la comunidad, debe compensación.» Y es sacar provecho personal de los bienes comunes cuando una deuda contraída para la adquisición de un inmueble que queda propio al esposo está pagada por la comunidad; luego el esposo adquirente y deudor del precio debe por él recompensa. El principio está fundado en la naturaleza misma de la sociedad que los esposos han formado al casarse bajo el régimen de la comunidad; estos bienes comunes no deben, pues, ser empleados sino en interés social. Junto á estos intereses sociales, cada uno de los esposos tiene intereses particulares que se ligan al patrimonio que le es propio; los esposos no pueden tomar en su provecho personal los bienes que forman el patrimonio de la comunidad; esto sería contrario al objeto de la sociedad que existe entre ellos, se apartaría por esto de su destino bienes que no deben servir sino á intereses comunes.

El principio de las recompensas fundado en la equidad, ha sido atacado en nombre de la misma en el caso previsto por el art. 1,409. Resulta que si un esposo compra antes del matrimonio un inmueble en 10,000 francos, la deuda de este precio no está á cargo de la comunidad. Si este esposo,

en contra, vendiera antes de su matrimonio uno de sus bienes en 10,000 francos el crédito del precio entraría en la comunidad. Se dice que esto no es justo; es necesario que este crédito también quede propio al esposo, ó si se hace entrar en la comunidad, debe también hacerse entrar en ella la deuda del precio que el esposo debe por la adquisición del inmueble. La cuestión estaba ya discutida en el derecho antiguo. Lebrún sostenía que el crédito del precio debe quedar propio al esposo, así como la deuda le es propia. La opinión contraria de Pothier fué la que venció. Cuando uno de los esposos vende un bien en 10,000 francos, éste crédito hace parte de su activo mueble; y todo mueble entra en la comunidad sin que se tome en consideración la procedencia y causa del crédito. Si el esposo compra un inmueble, la deuda del precio hace también parte de su pasivo mueble, y con este título debiera también entrar en el pasivo de la comunidad. Ferrière confesaba que en extricto derecho la deuda del precio debiera estar á cargo de la comunidad, como todas las deudas muebles. Pero, decía Pothier, esto sería duro. Hay una diferencia entre la deuda del precio y las demás deudas: la deuda del precio representa el inmueble que queda propio del esposo; si cayera en la comunidad, el esposo se crearía propios á expensas de su cónyuge cuando menos por mitad, y aun por el total si la mujer fuera adquirente y renunciara. Semejante resultado sería inicuo y facilitaría el fraude; uno de los futuros podría especular á expensas de la comunidad comprando inmuebles cuyo precio sería después pagado por la comunidad. La equidad está, pues, en definitiva por la opinión de Pothier que el Código ha consagrado. (1)

419. ¿Qué se entiende por *deudas relativas á los inmuebles propios de los esposos?* La expresión es un tanto vaga; está

1 Compárese en sentidodiverso, Duranton, t. XIV, pág. 286, núm. 218. Odier, t. I, pág. 159, núm. 163. Troplong, t. I, pág. 242, núm. 709.

explicada por el art. 1,437, del que el art. 1,409 es una consecuencia. Es el art. 1,437, el que establece el principio de las recompensas, da ejemplos que se relacionan al caso previsto por el art. 1,409. El esposo ha comprado un inmueble antes de su casamiento, es deudor del precio ó de parte del precio; la comunidad debe pagarlo á reserva de recompensa. En este caso el motivo es palpable y explica el objeto del principio. Si la comunidad paga 10,000 francos, esta suma está representada en el patrimonio del esposo deudor por un valor inmueble de 10,000 francos, luego el patrimonio del esposo se enriqueció por dicho valor y se enriqueció á expensas de la comunidad: hé aquí el caso de recompensa. Se supone, pues, que la deuda pagada por la comunidad aprovechó al esposo en este sentido, que su patrimonio se acrecentó. Lo mismo sucedería si la deuda tuviera por objeto trabajos hechos en el inmueble, trabajos de conservación ó de mejora; la comunidad debe pagar esta deuda, pero tiene compensación porque esta deuda representa un valor inmueble propio del esposo, un aumento de su patrimonio. Es, pues, necesario que la deuda represente un valor inmueble propio del esposo para que haya lugar á la compensación. De esto resulta que no há lugar á recompensa si la deuda relativa á un propio inmueble no representa un aumento del patrimonio inmobiliar. El esposo debe 10,000 francos por gastos de cultivo y siembra. Es una deuda mueble que la comunidad debe pagar; es relativa á un mueble propio. ¿Debe recompensa el esposo por este punto? Nó, pues su patrimonio inmobiliar no ha aprovechado; estos gastos han sido hechos para procurar á los esposos frutos, es decir, valores muebles que caerían en la comunidad si existiera cuando la celebración del matrimonio: prueba segura que el patrimonio propio del esposo no sacó de ello ningún provecho; luego no há lugar á recompensa. (1)

1 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 105, núm. 41 *bis* XI.

Fué sentenciado que el saldo en dinero que la mujer debe pagar por razón de los inmuebles que tuvo por su parte en una primera comunidad, deben ser pagados por la segunda, pero ésta tiene derecho á una compensación. En efecto, si reembolsa 10,000 francos por el saldo, esta suma representa un valor inmueble equivalente, del que el patrimonio propio de la mujer se enriquece á expensas de la comunidad, luego le debe compensación. (1) Lo mismo sucedería si el saldo fuera debido por cambio; hay identidad de motivos.

420. Pothier, de quien los autores del Código han tomado el principio de la recompensa en el caso previsto por el art. 1,409, hace una excepción ó pone una condición. Se necesita, dice, para que el esposo deba recompensa del precio del inmueble que ha comprado antes de su matrimonio, que aun sea posesor del inmueble cuando la celebración del matrimonio; si lo hubiese vuelto á vender, no debería recompensa. (2) Esta opinión debe aun ser seguida bajo el imperio del Código. El texto del art. 1,409 no es ya aplicable cuando el esposo, deudor del precio, no es ya propietario del inmueble; en efecto, no se puede decir que la deuda sea relativa á un inmueble propio del esposo, puesto que ya no hay inmueble; la deuda no representa ya un valor inmueble propio del esposo; por lo tanto, no hay lugar á compensación. (3) Bajo el punto de vista de la equidad, se pudiera hacer una objección. Compro un inmueble en 10,000 francos sin pagarlo; después lo vuelvo á vender por igual suma; aprovecho del valor del inmueble sin poseer un valor inmueble, de manera que no debo recompensa por la deuda del precio; la comunidad estará obligada por la deuda sin recompensa. ¿Aprovecharé el precio de 10,000 francos que he recibido? Esto depende del empleo que he hecho de él.

1 Angérs, 15 de Febrero de 1845 (Dalloz, 1845, 4, 90, núm. 4).
2 Pothier, *De la comunidad*, núm. 239.
3 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 104, núm. 41 *bis* VI.

Si compré un inmueble, me será propio; en este caso la comunidad no aprovechará y, sin embargo, deberá la deuda del precio del inmueble que he vendido. Se diría en vano que el inmueble vendido está reemplazado por el inmueble que he comprado. Esto sería en reemplazo, y no puede tratarse de reemplazo antes del matrimonio. En este caso, el esposo se enriquece á expensas de la comunidad sin que ésta tenga derecho á compensación.

421. La aplicación del principio del art. 1,419 da lugar á una dificultad. Se supone que el esposo ha comprado, antes de casarse, un inmueble mediante una renta vitalicia. ¿Debe pagar los réditos la comunidad sin compensación? ¿Y cuál es la compensación á la que tiene derecho? La primera pregunta no nos parece dudosa. Según el art. 1,409, la comunidad debe pagar la deuda del precio, á reserva de compensacion. Y en el caso, la renta vitalicia forma el precio del inmueble; luego la comunidad tiene derecho á una recompensa. Se objeta el art. 1,409, núm. 3, según el cual la comunidad está obligada por los réditos de las rentas ó deudas pasivas que son personales á ambos esposos; la deuda del precio consistiendo en una renta, forma una deuda personal del esposo, luego según el núm. 3 del art. 1,409, la comunidad debe los réditos. Que esté obligada á pagarlos, esto es seguro; ¿pero tendrá derecho á una compensación? Esta cuestión no está decidida por el núm. 3 del art. 1,409, lo está por el art. 1,409, núm. 1; los réditos forman el precio de la venta; luego si la comunidad los paga, tiene derecho á una indemnización. ¿De qué debe recompensa la comunidad? La compensación es una indemnización, y ésta supone un provecho recibido por el marido á expensas de la comunidad. ¿Cuál es el provecho que en el caso saca el esposo de la comunidad? No es el monto íntegro de los réditos lo que paga la comunidad. En efecto, los réditos comprenden el interés y una parte del capital; y la comunidad tiene derecho

á percibir los frutos y los productos del inmueble; luego no paga por cuenta del esposo deudor más que la parte de los réditos que representan el capital; el esposo no se enriquece sino de este valor, no se enriquece de la parte de los réditos que representan los productos del inmueble, puesto que estos productos pertenecen á la comunidad. Esto es decisivo; la recompensa no puede ser mayor que el provecho. (1)

422. Se presenta otra dificultad acerca de la cual hay controversia. Una sucesión inmobiliar vence á uno de los esposos antes del matrimonio, está gravada con deudas inmobiliares que la comunidad paga, ¿tiene derecho ésta á una compensación? La Corte de Douai ha sentenciado que las deudas debían ser soportadas por la comunidad sin compensación. (2) Creemos que sentenció bien. El art. 1,409, número 1, que da derecho á la comunidad para una compensación por las deudas relativas á los inmuebles propios de los esposos, no es aplicable al caso; no se puede decir de las deudas de una sucesión que hayan sido contraídas para aumentar el patrimonio inmobiliar del esposo heredero; son deudas personales que el esposo contrae al aceptar la herencia, como eran personales al difunto. Se ha objetado que las deudas mobiliares que gravan una sucesión inmobiliar vencida durante el matrimonio á uno de los esposos, le quedan propias. El texto de los arts. 1,409 y 1,412 contesta á la objeción; no se aplica á las sucesiones anteriores á la celebración del matrimonio; las deudas de estas sucesiones son deudas personales del esposo heredero, en este sentido, que es deudor personal; entran como todas las demás deudas en el pasivo de la comunidad y quedan á su cargo, no siendo aplicable el principio de la recompensa. La decisión, aunque

1 Denegada, 13 de Julio de 1863 (Dalloz, 1863, 1, 393). Aubry y Rau, t. V, pág. 322 y notas 26 y 27, pfo. 508.
2 Douai, 6 de Enero de 1846 (Dalloz, 1846, 2, 217).

jurídica, lastima la equidad; el esposo aprovecha del activo hereditario; mientras que las deudas están á cargo de la comunidad, hay emolumento sin haber cargos. (1) Esto es verdad, pero la objeción se dirige al legislador; él no siguió para las deudas anteriores al matrimonio, el principio que establece para las sucesiones que vencen á los esposos durante el matrimonio. Para las deudas anteriores la ley no toma en cuenta la causa de la deuda, éstas pueden ser en interés de los esposos y caen, sin embargo, en el pasivo de la comunidad, á menos que hayan sido contraídas para la adquisición á aumento del patrimonio inmobiliar de los cónyuges.

423. Un esposo vende antes del matrimonio un inmueble que le es propio; la venta se hace bajo condición resolutoria ó es rescindible. Durante el matrimonio, la venta se resuelve ó se rescinde. El esposo está obligado á restituir el precio recibido; si lo paga la comunidad ¿tiene derecho á recompensa? La afirmativa no es dudosa; el precio restituido representa el valor mobiliar que entra en el patrimonio del esposo, luego se está en el texto como en el espíritu del artículo 1,409. (2)

§ III.—De las deudas contraidas durante el matrimonio.

Núm. 1. Pago de las deudas.

I. Deudas del marido.

424. Según los términos del art. 1,409, núm. 2, «la comunidad se compone pasivamente de las deudas, tanto en capital como en réditos contraídos por el marido durante la comunidad.» Es de principio que toda deuda del marido es deuda de la comunidad. Esto es verdad en este sentido, que

1 Durantón, t. XIV, pág. 321, núm. 234. En sentido contrario, Rodière y Pont, t. II, pág. 35, núm. 743. Aubry y Rau, t. V, pág. 321, nota 25, pfo. 508.
2 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 104, núm. 41 *bis* VIII.

la comunidad está obligada á pagar todas las deudas que el marido contrae; pero esto no es verdad en este sentido, que que la comunidad deba soportar todas las deudas. En efecto, el art. 1,409 agrega: «á reserva de compensación en los casos en que haya lugar.» Por ahora sólo nos ocuparemos de la obligación de pagar las deudas del marido. En este sentido, es verdad decir que todas las deudas del marido son deudas de la comunidad. ¿Cuál es el fundamento de este principio?

Cuando se dice que el marido obliga á la comunidad por todas las deudas que contrae, esto quiere decir que la comunidad está obligada por ellas, sin el concurso de la mujer y cualquiera que sea la causa de las deudas, aunque fueren enteramente extrañas á los comunes intereses de los socios; de manera que si la mujer acepta queda obligada á la mitad de las deudas, aunque no las haya consentido y aunque no hayan sido contraídas en interés de la comunidad. Es del principio así entendido que pedimos la razón. Pothier la da. El marido, dice, es el único dueño de la comunidad, tiene derecho de disponer de ella á su gusto, por consiguiente, dispone de la parte de la mujer sin su consentimiento; puede perder y disipar los bienes que la componen. Una consecuencia de este poder absoluto del marido es que todas sus deudas son deudas de la comunidad: es como señor y dueño de los bienes comunes que obliga estos bienes, lo mismo que cualquier propietario obliga su patrimonio.

Esto es verdad mientras dura la comunidad; la mujer asociada está absorbida por su marido á consecuencia del poder que éste tiene sobre ella como asociada. ¿Pero, cómo explicar que la mujer en la disolución de la comunidad esté obligada á la mitad de las deudas comunes que no ha consentido y que son extrañas á la comunidad? La razón está, en nuestro concepto, en la aceptación de la mujer. Al acep-

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

jurídica, lastima la equidad; el esposo aprovecha del activo hereditario; mientras que las deudas están á cargo de la comunidad, hay emolumento sin haber cargos. (1) Esto es verdad, pero la objeción se dirige al legislador; él no siguió para las deudas anteriores al matrimonio, el principio que establece para las sucesiones que vencen á los esposos durante el matrimonio. Para las deudas anteriores la ley no toma en cuenta la causa de la deuda, éstas pueden ser en interés de los esposos y caen, sin embargo, en el pasivo de la comunidad, á menos que hayan sido contraídas para la adquisición á aumento del patrimonio inmobiliar de los cónyuges.

423. Un esposo vende antes del matrimonio un inmueble que le es propio; la venta se hace bajo condición resolutoria ó es rescindible. Durante el matrimonio, la venta se resuelve ó se rescinde. El esposo está obligado á restituir el precio recibido; si lo paga la comunidad ¿tiene derecho á recompensa? La afirmativa no es dudosa; el precio restituido representa el valor mobiliar que entra en el patrimonio del esposo, luego se está en el texto como en el espíritu del artículo 1,409. (2)

§ III.—De las deudas contraidas durante el matrimonio.

Núm. 1. Pago de las deudas.

I. Deudas del marido.

424. Según los términos del art. 1,409, núm. 2, «la comunidad se compone pasivamente de las deudas, tanto en capital como en réditos contraídos por el marido durante la comunidad.» Es de principio que toda deuda del marido es deuda de la comunidad. Esto es verdad en este sentido, que

1 Durantón, t. XIV, pág. 321, núm. 234. En sentido contrario, Rodière y Pont, t. II, pág. 35, núm. 743. Aubry y Rau, t. V, pág. 321, nota 25, pfo. 508.
2 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 104, núm. 41 *bis* VIII.

la comunidad está obligada á pagar todas las deudas que el marido contrae; pero esto no es verdad en este sentido, que que la comunidad deba soportar todas las deudas. En efecto, el art. 1,409 agrega: «á reserva de compensación en los casos en que haya lugar.» Por ahora sólo nos ocuparemos de la obligación de pagar las deudas del marido. En este sentido, es verdad decir que todas las deudas del marido son deudas de la comunidad. ¿Cuál es el fundamento de este principio?

Cuando se dice que el marido obliga á la comunidad por todas las deudas que contrae, esto quiere decir que la comunidad está obligada por ellas, sin el concurso de la mujer y cualquiera que sea la causa de las deudas, aunque fueren enteramente extrañas á los comunes intereses de los socios; de manera que si la mujer acepta queda obligada á la mitad de las deudas, aunque no las haya consentido y aunque no hayan sido contraídas en interés de la comunidad. Es del principio así entendido que pedimos la razón. Pothier la da. El marido, dice, es el único dueño de la comunidad, tiene derecho de disponer de ella á su gusto, por consiguiente, dispone de la parte de la mujer sin su consentimiento; puede perder y disipar los bienes que la componen. Una consecuencia de este poder absoluto del marido es que todas sus deudas son deudas de la comunidad: es como señor y dueño de los bienes comunes que obliga estos bienes, lo mismo que cualquier propietario obliga su patrimonio.

Esto es verdad mientras dura la comunidad; la mujer asociada está absorbida por su marido á consecuencia del poder que éste tiene sobre ella como asociada. ¿Pero, cómo explicar que la mujer en la disolución de la comunidad esté obligada á la mitad de las deudas comunes que no ha consentido y que son extrañas á la comunidad? La razón está, en nuestro concepto, en la aceptación de la mujer. Al acep-

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

tar se vuelve definitivamente asociada; hasta aquí era inseguro si lo sería puesto que podía renunciar. Si acepta, se apropia por esto solo todo cuanto hizo el marido, como si hubiera concurrido á ello. Esto es una ficción si se quiere, pero una ficción necesaria; desde que la mujer quiere ser socio debe aprobar todo cuanto ha hecho el marido como jefe de la comunidad. Por consiguiente está obligada por las deudas comunes como si las hubiera contraído con su marido. Pothier da otra explicación, cuando menos en apariencia. «La mujer, dice, cuando su marido contrae, está como si contratara y se obligara con él, no en su nombre propio sino *en su calidad de común*, aunque nada haya sabido y sin que pueda oponerse á ello.» (1) Se interpretan estas palabras en el sentido de un mandato que la mujer común en bienes diera á su marido para obligar á la comunidad, aun sin que lo sepa su socio y, si fuere necesario, á pesar de su oposición. Luego se protestó contra la idea de semejante mandato: ¿Se daría mandato de hacer lo que estuviera en oposición de los intereses del mandante? (2) Sí, semejante mandato sería absurdo. Pero Pothier no habla de mandato, dice que la mujer *común* está *como si* hubiese contraído con su marido. ¿Y cuándo es común la mujer? Cuando acepta; la aceptación tiene por consecuencia que todas las deudas del marido se le hagan comunes, y si está obligada á ellas, sólo puede ser porque se las apropió; aceptando está, pues, *como si* se hubiera obligado con su marido, como lo dice Pothier. Las palabras *como si* marcan que se trata de una ficción. Si no se quiere ficción, debe decirse que la mujer ratifica lo que el marido ha hecho en su nombre, pero sin su consentimiento; y la ratificación retrotrae. Pero, ¿puede decirse que el marido haya obrado como gerente de negocios? Habría que suponer que la gestión fué útil y que la misma mujer hubiera hecho lo que su marido hizo. Esta suposición es absurda también; la mujer no hubiera obrado seguramente contra su interés para arruinar y perder á la comunidad. Es, pues, preferible atenerse á la explicación de Pothier interpretándola como lo hemos hecho.

1 Pothier, *De la comunidad*, núm. 248.
2 Toullier, t. VI, 2, pág. 210, núms. 218-219. Troplong, t. I, pág. 245, número 726. Compárese Rodière y Pont, t. II, pág. 128, núm. 829.

425. ¿Para que el marido obligue á la comunidad es necesario que haya contraído como jefe de ella? Nó; la ley no lo exige y no podrá exigirlo. El art. 1,409 dice: «Las deudas que el *marido* ha contraído;» la calidad de *marido* se confunde con la de jefe de la comunidad, puesto que es señor y dueño de ella en su calidad de marido. Ambas calidades son inseparables. ¿Se dirá que el marido tiene también intereses propios puesto que tiene patrimonio propio? Sin duda, pero el art. 1,409 prueba que las deudas que el marido contrae en interés de sus propios, caen en la comunidad para con los acreedores, tanto como las que contrae como jefe de la misma. En efecto, la ley dice: «A reserva de compensación en el caso en que haya lugar.» Y el marido sólo debe recompensa cuando la deuda ha sido contraída en su interés; por ejemplo, para sus propios. Estas deudas entran, pues, en el pasivo en este sentido, que la comunidad está obligada á pagarlas. La razón es sencilla; es que el patrimonio propio del marido y el patrimonio de la comunidad sólo forman un solo patrimonio durante el matrimonio; obligándose, el marido obliga, pues, necesariamente, á ambos patrimonios.

426. El art. 1,409 dice que las deudas *contraídas* por el marido caen en el pasivo de la comunidad. No debe entenderse la palabra contraída en el sentido especial de una deuda procediendo del contrato. Desde que el marido se obliga también á la comunidad, poco importa la fuente de la

(art. 2,092), pero no obliga los bienes que no le pertenecen. Asímismo la mujer está obligada sin su consentimiento y sin autorización alguna en virtud de un cuasicontrato; se obliga también sin autorización por sus delitos ó cuasidelitos; pero estas obligaciones no entran en el pasivo de la comunidad, sólo gravan sus bienes propios. Es, pues, por derogación al rigor de los principios como la ley hace entrar en el pasivo de la comunidad las deudas que la mujer consiente con autorización de su marido. ¿Cuál es la razón de esta excepción? ¿Es un derecho que la ley concede á la mujer en su calidad de socio, en el sentido que obra como socio cuando el marido autoriza? La explicación no es satisfactoria, pues si la mujer autorizada obra como socio, no se comprende por qué no obraría el marido; él es el verdadero y único representante de la sociedad de la que es señor y dueño. Hay otra explicación. Se ha pensado, dice Durantón, que el marido podría inclinar á la mujer á contraer en un interés que sería exclusivamente el de la comunidad; por ejemplo, pidiendo una suma prestada que entregaría á su marido; el marido evitaría así el obligarse, aunque la deuda aprovechase á la comunidad y al marido. Para que esto no tenga interés en obrar de esta manera, abusando del poder que tiene en la mujer, la ley declara obligada á la comunidad y, por consiguiente, al marido. (1) La intervención de la mujer tendrá por efecto dar al acreedor acción en sus bienes; además podrá promover contra la comunidad, puesto que la deuda es suya; en fin, puede asímismo obrar contra el marido, puesto que cualquiera deuda de la comunidad es deuda del marido.

429. Esto es lo que dice el art. 1,419, que consagra una nueva derogación al derecho común. En principio aquel que autoriza no se obliga, porque no hay obligación sin consentimiento; y aquel que autoriza, no consiente en obligarse, sólo interviene para cubrir la incapacidad de la persona que contrata. El art. 1,419 deroga este principio permitiendo al acreedor de una deuda contraída por la mujer autorizada, promover contra los bienes del marido. ¿Cuál es la razón de esta excepción? Es una consecuencia de la primera derogación que acabamos de señalar; desde que la deuda contraída con autorización marital cae en la comunidad, se aplica el principio que toda deuda de ésta es deuda del marido. Volveremos á hablar acerca de este principio; no debe exagerarse su alcance. Es la verdad, sólo durante la comunidad, porque tiene su razón de ser en la confusión de los bienes comunes y los bienes del marido, que sólo forman un solo y mismo patrimonio. Y esta confusión existe sólo durante la comunidad, cuando el marido está reputado señor y dueño de los bienes comunes. Cuando la disolución de la comunidad cesa la confusión de ambos patrimonios y la consecuencia que resulta de ella cesa también. Importa, pues, establecer el verdadero fundamento de la derogación al derecho común que el art. 1,419 ha consagrado. Si el marido está obligado en sus bienes por las deudas contraídas por la mujer con su autorización, no es porque autorizándola se obligue personalmente, no contrae ninguna obligación personal; sólo que sus bienes están obligados porque se confunden momentáneamente con los bienes de la comunidad.

430. No deben confundirse las deudas que contrae la mujer autorizada, con aquellas que contrae en virtud de un mandato que le da el marido. Cuando obra con autorización, ella es quien se obliga, ella es la deudora y se obliga con sus bienes; fué necesario una derogación terminante de la ley para que estas deudas puedan ser demandadas en los bienes de la comunidad y en los del marido. Cuando al contrario, la mujer contrae como mandataria del marido, no se obliga personalmente, es el mandante quien lo hace; es,

1 Durantón, t. XIV, pág. 347, núm. 247.

pues, el marido quien es deudor y, por consiguiente, la deuda, como todas las del marido, es deuda de la comunidad, sin que el acreedor tenga acción contra la mujer, pues las deudas de la mujer no lo son de la comunidad; ésta sólo está obligada á ellas por su parte, cuando acepta la comunidad, no como deudora (nunca lo fué) sino como mujer común.

431. Cuando la mujer contrae con autorización de justicia, se obliga personalmente y obliga á sus bienes, pero no obliga á la comunidad; la razón por la que la autorización del marido hace caer las deudas en la comunidad no se aplica á la autorización de justicia. Se está bajo el imperio del derecho común, el acreedor no tiene acción contra la comunidad ni contra el marido; no puede demandar durante la comunidad sino contra la nuda propiedad de los propios de la mujer. Después de la disolución de la comunidad tendrá acción en la propiedad entera de sus bienes, así como en los bienes que la mujer recoja por la partición de la comunidad, si acepta. Hay, sin embargo, por excepción, deudas que caen en la comunidad cuando la mujer las contrae con autorización de justicia; volveremos á hablar de ellas.

Núm. 2. Contribución á las deudas.

432. El art. 1,409, después de haber establecido el principio que las deudas contraídas por el marido y por la mujer autorizada caen en la comunidad, agrega: "A reserva de compensación en los casos en que haya lugar." Pothier considera la compensación como una excepción á la regla, lo que parece decir que las deudas por las que hay lugar á compensación no entran en la comunidad. Esto no es exacto; la recompensa supone, al contrario, que la comunidad paga y debe pagar, si no ¿de qué vendría la recompensa? Pero hay deudas de las que la comunidad está obligada para con los acreedores y que, sin embargo, no soporta cuando se trata

de arreglar la contribución de los esposos. ¿Cuál es la razón por la que la comunidad no soporta todas las deudas que está obligada á pagar? ¿Y cuáles son las deudas para las que hay compensación? Pothier dice que es de principio "que á pesar de ser el marido, durante la comunidad, dueño absoluto de los bienes de ésta y que, en consecuencia, disponía de ellos á su antojo y hasta malgastarlos, no puede, no obstante, aventajarse con ellos con perjuicio de la parte que debe tener en ellos la mujer." A primera vista esto parece singular. El marido puede disipar toda la comunidad, de manera que nada quede á la mujer; y no puede aventajarse con el menor valor, sin tener que recompensar á la comunidad y, por consiguiente, á la mujer. Sin embargo, esta anomalía aparente se explica. El marido es señor y dueño de la comunidad; esta señoría le fué reconocida como consecuencia del poder marital; usará regularmente de este poder en interés de la comunidad, por la razón de que malgastando los bienes comunes disipa su propio patrimonio; y los pródigos son una excepción. No hay, pues, que temer que el marido abuse de su poder para arruinar á su mujer, porque no lo puede hacer sin arruinarse á sí mismo. Lo que es de temer son los cálculos del egoísmo; la ley debió preveer que el marido procuraría mejorarse á expensas de la comunidad y, por consiguiente, en perjuicio de su mujer; debió poner un freno á la pasión de la avaricia. No es contrario á los principios que rigen á la sociedad conyugal el que el marido disipe los bienes comunes; junto á la posibilidad del mal la ley ha colocado el remedio, la disolución de la sociedad por la separación de bienes Pero sería contrario á todos los principios como á la equidad que el marido, socio de la mujer, se enriqueciera á sus expensas; luego la menor ventaja que saque de la comunidad debe dar lugar á una recompensa.

No siempre es el marido quien debe recompensa, puede

ser la mujer. El principio es general y recibe su aplicación en ambos esposos. Sólo que el peligro es mucho menor en lo que concierne á la mujer, no tiene poder legal de que pueda abusar; si debe recompensa, es á consecuencia de una deuda que el marido ha contraído en provecho suyo, ó que la mujer ha contraído con autorización marital; es, pues, en todos los casos, necesario el concurso del marido para que la mujer pueda mejorarse. Si no obstante está obligada á pagar una compensación, es porque la regla de equidad y de justicia que se opone á que el marido saque un provecho personal de la comunidad, recibe también su aplicación á la mujer; ambos esposos son socios, y ninguno de ellos debe mejorarse en perjuicio del otro. (1)

433. Trataremos más adelante de las compensaciones; están regidas por los principios generales que se aplican á las deudas contraídas durante la comunidad como á las deudas anteriores al matrimonio. El art. 1,409 no dice á quién se debe la recompensa; pero como habla de la obligación de la comunidad en pagar las deudas del marido y de la mujer, supone que la compensación es debida á la comunidad. Puede suceder que la indemnización esté debida al marido, como lo dice el art. 1,419, y si la mujer se obliga con autorización marital en interés de sus propios, el acreedor tiene acción á la comunidad y en los bienes personales del marido; si es la comunidad la que paga, tendrá derecho á una recompensa contra la mujer; si es el marido, él es quien podrá reclamar la indemnización. Debe agregarse que la recompensa puede ser debida á la mujer. Esta se obliga con autorización de su marido para pedir prestado, la suma prestada sirve para dar trabajos en los propios del marido; éste deberá indemnizar á la mujer si el acreedor promueve contra ella.

1 Pothier, *De la comunidad*, núm. 250. Troplong. t. I, pág. 245, núms. 727 y 728.

§ IV.—De las deudas de sucesiones que vencen á los esposos.

Núm. 1. Principios generales.

I. Aceptación.

434. El art. 1,409, núm. 1, dice que la comunidad se compone pasivamente de todas las deudas de que se encuentran cargadas las sucesiones que vencen á los esposos durante el matrimonio. Así formulado el principio es mucho más absoluto de lo necesario; obliga muchas distinciones y da lugar á muchas dificultades. Antes de decir cuáles son las deudas que entran en el pasivo de la comunidad por el punto de las sucesiones á que están llamados los esposos, debemos ver por quién deben ó pueden ser aceptadas. No hay cuestión en la materia que nos ocupa, que presente mayores dudas que esta cuestión que parece tan sencilla. Hay que partir del principio que sólo el heredero tiene el derecho de aceptar la herencia. En efecto aceptar una sucesión es manifestar la voluntad de ser heredero, es el ejercicio del derecho hereditario; nadie es heredero si no quiere (art. 775). Se necesita, pues, el consentimiento del sucesible; y nadie puede consentir por un tercero, á no ser que haya recibido un mandato convencional ó legal. Esto es elemental, y sin embargo excelente jurisconsultos han desconocido este principio.

435. Se aplica sin dificultad al marido; naturalmente él es quien acepta las sucesiones á las que está llamado durante el matrimonio. La consecuencia puede ser funesta á la comunidad: si el marido acepta pura y simplemente una sucesión cuyo pasivo exceda en mucho al activo, estará obligado por las deudas *ultra vires*, y esta obligación onerosa caerá á cargo de la comunidad, aunque ésta no aproveche de los bienes. Esta es una consecuencia del principio que toda deu-

ser la mujer. El principio es general y recibe su aplicación en ambos esposos. Sólo que el peligro es mucho menor en lo que concierne á la mujer, no tiene poder legal de que pueda abusar; si debe recompensa, es á consecuencia de una deuda que el marido ha contraído en provecho suyo, ó que la mujer ha contraído con autorización marital; es, pues, en todos los casos, necesario el concurso del marido para que la mujer pueda mejorarse. Si no obstante está obligada á pagar una compensación, es porque la regla de equidad y de justicia que se opone á que el marido saque un provecho personal de la comunidad, recibe también su aplicación á la mujer; ambos esposos son socios, y ninguno de ellos debe mejorarse en perjuicio del otro. (1)

433. Trataremos más adelante de las compensaciones; están regidas por los principios generales que se aplican á las deudas contraídas durante la comunidad como á las deudas anteriores al matrimonio. El art. 1,409 no dice á quién se debe la recompensa; pero como habla de la obligación de la comunidad en pagar las deudas del marido y de la mujer, supone que la compensación es debida á la comunidad. Puede suceder que la indemnización esté debida al marido, como lo dice el art. 1,419, y si la mujer se obliga con autorización marital en interés de sus propios, el acreedor tiene acción á la comunidad y en los bienes personales del marido; si es la comunidad la que paga, tendrá derecho á una recompensa contra la mujer; si es el marido, él es quien podrá reclamar la indemnización. Debe agregarse que la recompensa puede ser debida á la mujer. Esta se obliga con autorización de su marido para pedir prestado, la suma prestada sirve para dar trabajos en los propios del marido; éste deberá indemnizar á la mujer si el acreedor promueve contra ella.

1 Pothier, *De la comunidad*, núm. 250. Troplong. t. I, pág. 245, núms. 727 y 728.

§ IV.—De las deudas de sucesiones que vencen á los esposos.

Núm. 1. Principios generales.

I. Aceptación.

434. El art. 1,409, núm. 1, dice que la comunidad se compone pasivamente de todas las deudas de que se encuentran cargadas las sucesiones que vencen á los esposos durante el matrimonio. Así formulado el principio es mucho más absoluto de lo necesario; obliga muchas distinciones y da lugar á muchas dificultades. Antes de decir cuáles son las deudas que entran en el pasivo de la comunidad por el punto de las sucesiones á que están llamados los esposos, debemos ver por quién deben ó pueden ser aceptadas. No hay cuestión en la materia que nos ocupa, que presente mayores dudas que esta cuestión que parece tan sencilla. Hay que partir del principio que sólo el heredero tiene el derecho de aceptar la herencia. En efecto aceptar una sucesión es manifestar la voluntad de ser heredero, es el ejercicio del derecho hereditario; nadie es heredero si no quiere (art. 775). Se necesita, pues, el consentimiento del sucesible; y nadie puede consentir por un tercero, á no ser que haya recibido un mandato convencional ó legal. Esto es elemental, y sin embargo excelente jurisconsultos han desconocido este principio.

435. Se aplica sin dificultad al marido; naturalmente él es quien acepta las sucesiones á las que está llamado durante el matrimonio. La consecuencia puede ser funesta á la comunidad: si el marido acepta pura y simplemente una sucesión cuyo pasivo exceda en mucho al activo, estará obligado por las deudas *ultra vires*, y esta obligación onerosa caerá á cargo de la comunidad, aunque ésta no aproveche de los bienes. Esta es una consecuencia del principio que toda deu-

da del marido lo es de la comunidad Se ha pretendido que, en este caso, el marido debe indemnizar á la comunidad, así como, dice Troplong, la deberá indemnizar si renunciara una sucesión ventajosa. Esta opinion es tan evidentemente errónea, que creemos inútil combatirla; puede verse la refutación que los señores Aubry y Rau han hecho de la paradoja de Troplong. (1) La palabra *error evidente* se nos escapa pocas veces; esta vez no la retractamos, pues es una herejía sostener que el marido esté responsable y obligado á una indemnización, cuando obra como propietario, y sin mejorarse en perjuicio de la comunidad. Sólo hay una excepción á este principio, el fraude; esto haciendo siempre excepción. Es inútil detenernos en este punto cuando nos esperan otras dificultades.

436. Cuando una sucesión toca á la mujer, ella es quien la acepta con la autorización de su marido ó de la justicia. El art. 776 lo dice. Sólo pudiera haber duda en la doctrina que admite que la comunidad es una persona civil y que los esposos al casarse enajenan sus derechos muebles presentes y futuros en provecho de esta persona ficticia. Resultaría que sólo la comunidad, en calidad de cesionaria, tendría derecho para aceptar las sucesiones mobiliares vencidas á la mujer. Hemos desechado esta teoría y, por consiguiente, desechamos las consecuencias que de ella se derivan. En nuestra opinión, la mujer no enajena sus derechos sucesivos; es heredera, luego ella es quien debe aceptar.

Se presenta otra dificultad más importante. La mujer acepta una sucesión mobiliar con autorización de justicia. ¿Qué sucede con los bienes de esta herencia? ¿Entran en la comunidad ó le quedan propios á la mujer? Los autores modernos admiten sin discutir la cuestión que los bienes entran en la comunidad, pero que las deudas no entran en

1 Troplong, t. I, pág. 255, núm. 788. Aubry y Rau, t. V, pág. 373, nota 1, pfo. 513.

ella. No conocemos otra razón que la que da Colmet de Santerre: los derechos muebles de los esposos, presentes y futuros, entran en el activo de la comunidad, luego las sucesiones muebles vencidas á la mujer y aceptadas por ella deben necesariamente caer en la comunidad. (1) El motivo nada tiene de terminante; sin duda la fortuna mueble de los esposos se hace común, pero con una condición: de que los bienes vencidos durante el matrimonio á la mujer están aceptados por el marido; el hecho de la apertura de una sucesión no basta para que la comunidad se vuelva propietaria, tiene un representante, más aún, un señor y dueño; y no se concibe que dicho señor y dueño adquiera á pesar suyo por aceptación de su mujer, quien es extraña á la comunidad. Jurídicamente esto no se entiende, nadie puede volverse propietario á pesar suyo; y la comunidad se personifica en el marido, él es la comunidad; repudia á la sucesión puesto que rehusa autorizar á la mujer para que acepte; ¡no quiere y la mujer lo obligaría á recibirla como suya! ¿A qué conduce esta herejía jurídica? A imponer obligaciones al marido á pesar suyo; estará obligado á recibir el mobiliar hereditario, á hacer el inventario, á contestar á las acciones de los acreedores como tenedor de los valores que son sus prendas. Se le somete aún á una responsabilidad en el caso en que no haya inventarios; deberá pagar las deudas que no representen el mobiliar inventariado. ¿Puede la mujer imponer este cargo y esta responsabilidad á su marido cuando la mujer es extraña á la comunidad, cuando está excluida de toda gestión social?

La cuestión que los autores modernos zanjan sin discutirla estaba muy controvertida en el derecho antiguo. Battur, el único autor moderno que se detiene en ella algún tanto, invoca la tradición en apoyo de la opinión general. (2) La

Colmet de Santerre, t. VI, pág. 122, núm. 52 *bis* I, y los autores citados por Aubry y Rau, t. V, pág 376, nota 4, pfo. 513.
2 Battur, *De la comunidad*, núm. 329, pág. 451.

tradición es muy insegura; Renussón expone las diversas opiniones; habla autores que daban al marido sólo el goce de los bienes recogidos por la mujer y que no permitían á los acreedores promover contra el tenedor de los bienes por razón de la detención. Esta es nuestra opinión: la mujer se hace propietaria puesto que acepta, y como el marido no quiere la herencia, los bienes quedan propios de la mujer; luego el marido tiene goce de ellos. Otros autores iban más allá y rehusaban todo derecho al marido en los bienes de la sucesión que había rehusado aceptar; decían que la sucesión era la prenda de los acreedores y el excedente se volvería propio de la mujer y sujeto al usufructo del marido. Había una tercera opinión, la que hoy domina: los bienes entran en la comunidad, se decía, por esto sólo, que son bienes muebles. (1) ¿Cuál es la opinión que los autores del Código han admitido? No se sabe, puesto que nada dice el texto y en los trabajos preparatorios no se dijo una palabra de las dificultades que se presentan en esta materia. Nuestra conclusión es que hay que atenerse á los principios, y éstos, en nuestro concepto, no dejan ninguna duda.

¿Puede el marido aceptar las sucesiones vencidas á su mujer? La cuestión está muy controvertida. En nuestro concepto la negativa es segura. El sitio de la materia está en el art. 770. En principio la sucesión debe ser aceptada por el heredero. Le cuestión está en saber si la ley deroga á éste principio cuando se trata de incapaces. El art. 776 contesta distinguiendo: las sucesiones vencidas á los menores y entredichos son aceptadas por sus tutores autorizados por el consejo de familia. Cuanto á las mujeres casadas, el artículo dice que no puede válidamente aceptar una sucesión sin la autorización de su marido ó de justicia. Es, pues, siempre la mujer quien debe aceptar, la ley no da poder al marido para ello. Esto está conforme á los principios gene-

1 Renussón, *De la comunidad*, pág. 227, núms. 20-25.

rales. Hay una diferencia esencial entre los varios incapaces: los menores y entredichos son incapaces por razón de su edad ó de sus facultades intelectuales; la mujer, siendo capaz al casarse, se vuelve incapaz sólo porque cae bajo el poder marital. Su incapacidad consiste en que no puede hacer ningún acto jurídico sin autorización del marido ó de la justicia. El art. 776 aplica este principio á la excepción de las sucesiones: la mujer es incapaz para aceptar una sucesión, como lo es para todo acto jurídico, pero se vuelve capaz cuando está autorizada. Síguese de esto que el marido no tiene ninguna calidad para aceptar una sucesión vencida á la mujer. No es heredero, y la ley no le da el derecho de obrar en nombre de su mujer como heredera. ¿Se dirá que bajo el régimen de la comunidad el marido es el administrador legal de los bienes de la mujer, y que con este título puede ejercer las acciones que le interesan? Apartamos el artículo 1,428 por una razón que es decisiva. Aceptar una sucesión no es un acto de administración, es obligarse y contraer la obligación más peligrosa cuando se acepta pura y simplemente, puesto que el heredero puro y simple está obligado con las deudas *ultra vires*. Hé aquí por qué el tutor que representa al menor en todos los actos civiles y que tiene el poder de hacer los actos de administración, no puede aceptar las sucesiones que le vencen; le es necesaria la autorización del consejo de familia. ¿Se dirá que el marido puede ejercer solo las acciones mobiliares y posesorias que pertenecen á la mujer? El tutor tiene el mismo derecho y, no obstante, no puede aceptar una sucesión en nombre del menor, por la razón muy sencilla que aceptar una sucesión aunque sea mobiliar, no es ejercer una acción mobiliar, es obligarse, y el marido no tiene el derecho de obligar á la mujer, salvo para los actos de administración que la ley le da poder de hacer, y la aceptación de una sucesión no es un acto de administración.

437. Sin embargo, la opinión contraria está enseñada por Pothier, y después de él, por la mayor parte de los autores modernos. (1) Pothier comienza por sentar en principio que la sucesión vencida á una persona casada debe ser aceptada por ella con autorización marital ó de justicia. Después prevee el caso en el que la mujer rehusase aceptar; en este caso, dice, el marido tendría interés en que aceptase, porque el mobiliar cae en la comunidad; podrá, á sus riesgos, aceptar á falta de la mujer que no puede abstenerse en fraude de los intereses de la comunidad. Estas razones son muy débiles; digamos más, á pesar de nuestro respeto para Pothier, son malas razones.

El interés que el marido tiene en que la mujer acepte, porque el mobiliar debe caer en la comunidad, no le da el derecho de aceptar una sucesión á la que no está llamado; su derecho sólo comienza cuando la mujer acepta con su autorización; entonces puede pedir el reparto (art. 818). Hasta entonces no tiene ningún derecho. ¿Cómo pudiera tener el derecho de intentar la acción de partición, cuando la mujer rehusa aceptar? Cuando la mujer renuncia su parte aumenta la de sus coherederos, ó se devuelve al subsecuente grado (art 786); son los coherederos de la mujer, ó el heredero llamado á defecto de éstos, los únicos que tengan derecho en la sucesión que la mujer no quiso aceptar, luego el marido está sin derecho. Pothier dice que el marido aceptará *á sus riesgos*. ¿Qué quiere decir esto? Estará, pues, obligado á las deudas y obligado *ultra vires*. ¿Cómo puede entenderse que aquel que no es heredero esté obligado por las deudas? Hay una mayor imposibilidad jurídica: si el marido acepta, la comunidad quedará obligada por las deudas; luego la mujer común también, puesto que estará como

1 Pothier, *Tratado de las sucesiones*, cap. III, sec. III, art. I, pfo. II, y la nota de Bugnet (t. VIII, pág. 120). Los autores modernos sólo reproducen la doctrina de Pothier. Véanse las citaciones en Aubry y Rau, t. V, pág. 374, nota 2, pfo. 513.

si hubiese aceptado con su marido. Así la mujer se niega á aceptar, y será aceptante á pesar suyo, obligada á pesar suyo por las deudas hereditarias, y heredera á pesar suyo. Pothier olvida que nadie es heredero contra su voluntad. Lo que Pothier agrega es que la mujer no puede abstenerse en fraude de la comunidad, está igualmente en oposición con los principios. Para que haya fraude á la comunidad es preciso que ésta tenga un derecho; no se defrauda á aquel que no lo tiene; y la comunidad no tiene derecho en el mobiliar hereditario sino cuando la sucesión ha sido aceptada, no tiene ningún derecho en él cuando la mujer rehusa aceptar. Aun hay más: los acreedores de la mujer que tienen un derecho de prenda en su patrimonio, que pueden ejercer todos sus derechos, no pueden, sin embargo, aceptar una sucesión en nombre de la mujer, y mucho menos aún atacar, como hecho fraudulento de sus derechos, la abstención de la mujer. Es únicamente cuando la mujer renuncia como la ley permite á los acreedores atacar la renuncia como fraudulenta, pueden entonces aceptar la sucesión hasta concurrencia de sus créditos; es, pues, necesario que tengan créditos; es decir, un derecho actual que resguardar. ¿Tiene acaso la comunidad un crédito en la sucesión á la que la mujer está llamada? Tiene una simple esperanza, y una esperanza no es un derecho.

La opinión de Pothier, que nos permitimos criticar, no era la opinión dominante en el antiguo derecho. Loisel relata una sentencia que Troplong llama magistral en esta materia y que decide que el marido no tiene derecho de aceptar una sucesión vencida á su mujer. En el caso, el marido había aceptado la sucesión sin que la mujer hubiera consentido; los acreedores pretendían que tenía derecho para esto y que, por consiguiente, la mujer era heredera. Esta opinión era más lógica que la de Pothier; si el marido tiene derecho de aceptar, sólo puede ser en nombre de la mujer, puesto que

él no es heredero; luego si la aceptación es válida, la mujer es quien debe ser heredera. La mujer contestaba: «No he hecho ninguna acta personal de aceptación. Mi marido no puede obligarme sin mi consentimiento, ni aceptar una sucesión sin mí. Así como no puede enajenar mis propios directa ni indirectamente sin mi expreso consentimiento, así también no puede aceptar una sucesión por mí, ni obligarme para con los acreedores de dicha sucesión, puesto que esto sería enajenar mis propios indirectamente.» El Parlamento de París sentenció que la mujer no era heredera. ¿Acaso decidió que el marido estaba obligado por las deudas porque había aceptado á sus riesgos, como dice Pothier? Nó, el marido sólo fué condenado á devolver todo cuanto había recibido de la sucesión. (1) Había aceptación irregular y, por lo tanto, nula.

438. ¿Deben aplicarse estos principsos á las sucesiones mobiliares? Nuevas dificultades se presentan aquí. La cuestión había sido ya controvertida en el derecho antiguo. Renussón la presenta en estos términos y es ordinariamente así como pasan las cosas en la práctica; una sucesión, consistiendo sólo en efectos muebles, vence á una mujer; su marido la recoge y toma los efectos sin que él ni su mujer se declaren herederos. Encontrándose onerosa la sucesión, la mujer la renuncia. Se pregunta si el marido que había tomado los efectos de esta sucesión obligó á la mujer y si ésta será heredera. Resultaría que la mujer estaría obligada á las deudas como heredera, aunque renunciara á la comunidad. Acerca del primer punto Renussón contesta como lo hizo el Parlamento de París: «Es evidente que el marido no pudo obligar á su mujer sin su consentimiento, y que la mujer, no habiendo aceptado la herencia, el hecho particular del marido no la puede obligar ni puede comprometer sus propios.»

1 Sentencia del 21 de Febrero de 1595, en Louet, letra M, sentencia 25, tomo II, pág. 80. Troplong, t. I, pág. 303, núm. 995.

Se pregunta en segundo lugar, dice Renussón, si el marido que se puso en posesión de los efectos de la sucesión estará obligado indistintamente como heredero en lugar de su mujer. Esta era la opinión de Pothier y tenía partidarios; estando los acreedores interesados en sostenerla, hé aquí cómo argüían. El marido que recoge una sucesión mobiliar vencida á su mujer, debe ser considerado como el verdadero heredero, y obligado como tal, á las deudas en lugar de su mujer, porque la sucesión mobiliar le importa más que á la mujer á causa de la comunidad. En efecto, el marido como dueño de la comunidad, puede recoger una sucesión mobiliar vencida á la mujer, entrando todos los muebles futuros de la mujer en la comunidad, y pudiendo el marido disponer de los bienes comunes, disiparlos y consumirlos. Aun se sostenía, y esto parecía lógico, que no pertenece á la mujer aceptar la sucesión mobiliar que le resulta, puesto que no tiene derecho á ella; el marido sólo tiene derecho para aceptarla, y aceptándola, debe estar obligado por las deudas como si fuera él mismo heredero directo. Renussón combate esta apinión. La herencia, dice, aunque mobiliar, no puede ser aceptada más que por la mujer autorizada por su marido ó por la justicia. En efecto, el marido está considerado como un extraño para con la sucesión vencida á la mujer, hasta que ésta acepte. Es á ella á quien la sucesión toca, ella quien la debe recibir. Si acepta, estará obligada por las deudas; pero si el marido acepta solo, no estará obligado á las deudas como heredero, porque no es á él á quien difiere la ley esta herencia. Así no se le puede considerar heredero legítimo ni obligado por las deudas. Sólo debe restituir lo que recibió de la herencia, y, por consiguiente, debe hacer inventario del mobiliar hereditario que hizo entrar en la comunidad. Si tomó posesión de los efectos sin inventario y que se pueda presumir falta ó fraude por su parte, estará obli-

gado á las deudas de la herencia á manera de daños y perjuicios. (1)

Las razones dadas por Renussón nos parecen perentorias. Sin embargo, la opinión que combatió encontró favor en los autores modernos y, cosa singular, en aquellos mismos que celebran la sentencia magistral del Parlamento de París. Durantón ha dado un color muy especioso á su doctrina. El marido, dice, puede aceptar las sucesiones mobiliares vencidas á su mujer en calidad de jefe de la comunidad y como ejerciendo los derechos de la mujer, aunque ésta no quiera concurrir á la aceptación. En efecto, la mujer, al casarse bajo el régimen de la comunidad, debe ser considerada como habiendo cedido á la comunidad el ejercicio de todos los derechos que la ley hace entrar en ella. El marido acepta, pues, la sucesión como cesionario, en virtud del derecho que le es propio; poco importa que la mujer quiera concurrir á la aceptación, ya no puede renunciar en perjuicio de la comunidad, puesto que le cedió de antemano todos sus derechos; ya no tiene derecho de aceptar ni de renunciar, este derecho pertenece al marido como jefe de la comunidad. (2)

Esta teoría descansa en la sucesión, es decir, en la enajenación que la mujer, y, por consiguiente, el marido, harían en provecho de la comunidad, de todos los derechos muebles presentes y futuros. Si la comunidad fuera una persona civil, esto se comprendería. Pero si, como lo hemos enseñado y es la opinión generalmente aceptada, la comunidad sólo es la asociación de los esposos, la teoría no tiene ya base; los esposos no enajenan sus derechos muebles, los ponen en la sociedad y quedan de ellos propietarios en calidad de socios. La puesta en comunidad no siendo una enajenación (núms. 210 y 211), no puede tratarse de una cesión de derechos hereditarios; la mujer queda heredera; si acepta, los muebles de la sucesion entran en la comunidad, pero si se niega á aceptar, la sucesión pasa á los coherederos ó á los herederos de una orden subsecuente. Tal es la realidad de las cosas. Para admitir que la mujer y el marido ceden sus derechos hereditarios, sería menester una ficción que pusiera á la comunidad en el lugar de la mujer. La ley no conoce semejante ficción, y ésta es inconciliable con los principios que rigen á la sucesión. Ceder sus derechos hereditarios, es aceptar la sucesión. ¿Puede la mujer aceptar la sucesión antes que se abra ésta? Y si la aceptó no puede ya tratarse para el marido de aceptarla ó renunciarla; la sucesión sería mala y el marido tendría, no obstante, que pagar las deudas hereditarias; pues tal es la obligación de todo cesionario, y estaría obligado á ellos *ultra vires*. Así la comunidad estaría obligada por las deudas sin que el marido pudiera librarse de un cargo que pudiera arruinar á la comunidad. La mujer no podría renunciar tampoco, pues cediende sus derechos hereditarios, aceptó, y no puede ya retractarse de su aceptación. No podría aceptar como no podría renunciar, puesto que habría transferido todos sus derechos á la comunidad. (1) Esto es una verdadera red de imposibilidades jurídicas.

439. La jurisprudencia desecha en términos absolutos, el pretendido principio que el marido tiene derecho de aceptar una sucesión vencida á la mujer. Sólo se ha pronunciado en casos de aceptación tácita, pero el principio es idéntico; si el marido no puede aceptar por actos de inmixción, no lo puede tampoco aceptando expresamente. La Corte de Riom lo sentenció así, pero no quisiéramos subscribir los motivos en que se apoya su decisión. Decide que el marido se *presume* ser *mandatario legal* de la mujer; esta presunción

1 Renussón, *De la comunidad*, pág. 221, núms. 6 9.

2 Durantón, t. XVI, pág. 319, núm. 232. En el mismo sentido, Troplong, t. I, pág. 305, núm. 996, quien se limita á decir que el marido es de alguna manera heredero. No conocemos *herederos de alguna manera*: se es heredero ó no.

1 Aubry y Rau, t. V, pág. 374, nota 2, pfo. 513.

cesa cuando esta calidad le es contestada ó que los hechos del marido están en contradicción con la voluntad manifestada por la mujer en actas públicas y auténticas. (1) ¿Cuál es la ley que *presume* que el marido sea legatario legal de la mujer? Hay una ley que dispone que el marido administre los bienes de su mujer y que ejerza las acciones mobiliares y posesiones de ésta. Pero de esto á decir que es el mandatario legal de su mujer hay mucha diferencia. Y si lo fuera, este mandato ¿podría serle quitado por una simple contestación ó por la contradicción de la mujer? Habría que decir, al contrario, con Durantón, que el marido teniendo su derecho por el contrato de matrimonio, la mujer no puede ya intervenir en la aceptación.

440. Abordamos la mayor dificultad que presenta esta difícil materia. Una sucesión vence á la mujer; el marido es de opinión de aceptarla, la mujer se niega. Se dice hay conflicto, hay que zanjarlo, pero ¿cómo? Los autores están divididos. En nuestro concepto no hay conflicto. El conflicto supone derechos de los que uno está en oposición con el otro. Y en el caso la mujer sólo tiene un derecho, el marido no tiene; la mujer tiene el derecho de aceptar ó repudiar, tiene aun el derecho de quedar en inacción hasta que los acreedores promueven contra ella; entonces debe tomar calidad. El marido no la puede obligar á pronunciarse, pues él no es acreedor; sólo tiene derecho en los muebles cuando la mujer ha aceptado, pero no la puede obligar á aceptar, ni puede aceptar por ella: ¿Dónde está, pues, el conflicto? Si no hay conflicto, no hay necesidad de zanjarlo. El único derecho que tiene el marido es autorizar á su mujer para que acepte ó negarle su autorización. Si la mujer no pide la autorización, el marido queda sin ningún derecho. Rechazamos, pues, las soluciones que se han

1 Riom, 19 de Abril de 1828. En el mismo sentido, Riom, 18 de Abril de 1825, y Montpellier, 1.° de Julio de 1828 (Dalloz, en la palabra *Sucesiones*, números 437 y 507).

imaginado. Sin embargo el nombre y la autoridad de aquellos que han tratado de poner término á un conflicto imaginario, nos impone el deber de dar á conocer sus sistemas, á reserva de oponerles nuestras objecciones.

Comenzaremos por la teoría de Aubry y Rau que tiene algún apoyo en la tradición. El marido, se dice, como jefe de la comunidad, y á pesar de la abstención de la mujer, está autorizado á tomar posesión de las sucesiones que tocan á la mujer y de provocar la partición, en virtud del artículo 818. ¿En qué se funda este derecho del marido? Debe, en primer lugar, hacer á un lado el art. 818: no puede tratarse de partir una sucesión antes que esté aceptada. La mujer está en posesión de los bienes hereditarios, pero la posesión no da ningún derecho al marido hasta que, heredera de este derecho, la mujer se haga heredera de hecho mediante la aceptación. Todo cuanto resulta de la posesión, es que los acreedores pueden promover contra el heredero poseedor, no para obtener una condena contra él, pero sí para obligar á tomar calidad. Cuanto al marido, no tiene como jefe de la comunidad más que el derecho de recoger el mobiliar hereditario después que la mujer haya aceptado la sucesión: tomarlo antes de esta aceptación es cometer una vía de hecho, puesto que el marido toma unos muebles en los que no tiene ningún derecho. A no ser que se reconozca al marido el derecho de aceptar por la mujer; y los editores de Zachariæ no le dan este derecho, y tampoco admiten que esta teoría de posesión del mobiliar hereditario de la mujer obligue á esta última. Así no hay ninguna aceptación, y sin embargo, el marido podría tomar posesión de la sucesión. Esto es contrario á todos los principios. Se necesitaría un texto para consagrar semejantes anomalías.

¿Cuál va á ser la consecuencia de esta toma de posesión? El marido no está obligado á las deudas como heredero. Esto es evidente, puesto que el marido es extraño á la he-

rencia y la toma de posesión de los objetos hereditarios no pueden atribuirle una calidad que sólo da la sangre en una sucesión *ab intestato*, ó la voluntad del difunto en la sucesión testamentaria. ¿La toma de posesión del marido legará á la mujer? La negativa es también evidente; la mujer no puede volverse heredera á pesar suyo, puesto que nadie es heredero contra su voluntad; puede, pues, renunciar la sucesión mientras que no la aceptó expresa ó tácitamente. Supongamos que la mujer renuncie; el marido deberá restituir todo cuanto percibió de la herencia, esto no necesita decirse; puede aún quedar obligado con sus bienes personales si no ha hecho constar mediante inventario el valor de los objetos hereditarios. Esta consecuencia admitida por Aubry y Rau, compromete singularmente su teoría. Si el marido debe restituir los muebles de que había tomado posesión, esto prueba que no tenía ningún derecho para tomarlos. Es un tercero que se toma sin título una herencia, un pesesor contra el que el verdadero heredero intenta una acción en repetición de herencia. Si el marido está condenado á restituir los bienes hereditarios como usurpador, es imposible que haya tenido derecho alguna vez para haberlos tomado. La posesión de la mujer y del marido es aún más extraña mientras la mujer no ha renunciado. Los acreedores pueden promover contra la mujer y contra el marido como si la mujer hubiese aceptado con autorización del marido. Esto es una pura ficción. Hubo un hecho material al que la mujer ha quedado extraña puesto que se supone que no ha aceptado; y de esta toma material de posesión por el marido, se concluye que la mujer y el marido són provisionalmente herederos, puesto que pueden ser demandados como tales. Esta es una extraña ficción que el legislador sólo tuviera el derecho de crear, y dudamos mucho que la haya creado nunca. La mujer no es heredera, no ha manifestado por una declaración expresa, ni por actos de heredero, que quería aceptar, y sin

embargo, puede ser demandada y condenada como si fuera heredera. En vano renunciaría: se pretende que á pesar de su renuncia estará obligada por las sentencias pronunciadas contra ella, ¡de manera que será á la vez renunciante y aceptante! Esta no es la interpretación del Código Civil, es una ley nueva que los intérpretes hacen y que hacen muy mal, como les sucede siempre que se ponen fuera y más arriba que la ley.

La doctrina de Aubry y Rau no tiene otro apoyo que la opinión de Renussón. No puede decirse que sea una doctrina tradicional que admitida en el derecho antiguo deba ser seguida en el derecho moderno. La opinión de Renussón no era la de Pothier; se trataba, pues, de un punto controvertido y no se sostendrá seguramente que los autores del Código hayan seguido en este punto la opinión de Renussón más aún que la de Pothier. No han decidido la dificultad puesto que no la previeron. Nos parece, pues, inútil exponer la opinión de Renussón que no concuerda enteramente con la de los editores de Zachariæ; esto sería mezclar una controversia antigua con una moderna y no alcanzamos á comprender lo que pudiera ganar en ello la ciencia. (1)

441. La opinión de Aubry y Rau ha quedado aislada. Uno de nuestro colegas de la Universidad de Liege, M. Thiry, ha propuesto otra teoría. Hay conflicto entre el marido que acepta y la mujer que rehusa hacerlo; luego hay una contienda, y pertenece al juez decidirla. Negamos el punto de partida. No hay conflicto. El marido quiere aceptar, se dice; nosotros contestamos que no tiene este derecho, por la sencilla razón que no es sucesible. La mujer no quiere aceptar: este es su derecho. Este derecho puede encontrarse en conflicto con los derechos de los acreedores, pero el marido no es acreedor ni tiene derecho; luego entre él y la mujer

1 Aubry y Rau, t. V, págs. 374-376, y las notas 2 y 3, pfo. 513. Renussón págs. 221 y siguientes.

no puede haber conflicto de derechos opuestos. ¿Qué pedirá el marido á la justicia? La mujer no obra, se abstiene: ¿pedirá el marido que obligue á la mujer en tomar calidad? Esto no lo adelantaría mucho; pues la mujer, suponiendo que el tribunal tenga el derecho de apremiarla, renunciaría y, por consiguiente, el marido se encontraría sin derecho alguno. Se pretende que el juez concederá á la mujer la autorización para renunciar ó al marido la de tomar posesión de la sucesión. ¡La *autorización de renunciar!* Pero la mujer dirá que no tiene necesidad de autorización para ejercer un derecho que le pertenece y que nadie puede quitarle. *¡Autorización para tomar la posesión!* Contestaremos que el juez se cuidará muy mucho de autorizar una vía de hecho, pues la toma de posesión, á pesar de la oposición del heredero verdadero, sólo es una vía de hecho. Se insiste y se dice que el marido obrará en virtud del art. 788. ¡El art. 788! Supone primero que el heredero ha renunciado; en el caso, la mujer heredera se abstiene. Supone que los acreedores piden la nulidad de la renuncia hecha en fraude de sus derechos. En el caso no hay acreedor, pues el marido no lo es; y no hay renuncia fraudulenta, puesto que la mujer no renuncia; su abstención no es fraudulenta, puesto que no perjudica ningún derecho. Aplicar el art. 788 á nuestra cuestión, es desviar completamente de su sentido natural una disposición que está hecha para un orden de ideas muy distinto. (1) Esto es lo que los intérpretes hacen muy frecuentemente. Esto no se llama interpretar á las leyes, esto se llama violentarlas haciéndolas decir lo que no han dicho.

II. Derechos de los acredores de la sucesión.

442. Cuando una sucesión vence á uno de los esposos,

1 Thiry, *mi Revista crítica*, 1857, t. XI, pág. 248, seguido por Rodière y Pont, t. II, pág. 59, núm. 768. Combatida por Aubry y Rau, t. V, pág. 374, nota 2, pfo. 513.

los acredores tienen contra él la acción que les pertenezca contra todo sucesible que acepta la herencia á la que está llamado. Esta acción es personal y nacida de la aceptación; el esposo, al aceptar, se obliga personalmente hacia los acreedores; esta es la confirmación de la posesión en virtud de la que de derecho pleno entra en posesión legal de los bienes del difunto, con la obligación de pagar todos los cargos de la sucesión (art. 724); está obligado indefinidamente, como todo deudor (arts. 2,092 y 2,093); ¿los acreedores tienen tambien acción contra la comunidad? sí, cuando el marido es heredero, por aplicación del principio que toda deuda del marido lo es de la comunidad. Si la sucesión vence á la mujer, hay distinción que hacer, como lo diremos más adelante. La mujer está siempre obligada en sus bienes de cualquier modo que acepte. Esto es de derecho común. Si la mujer acepta con autorización de justicia, los acreedores sólo tienen acción en el patrimonio de la mujer; es decir, en la nuda propiedad de sus propios. Si acepta con autorización del marido, obliga en principio á la comunidad; sin embargo, hay en este caso derogaciones al derecho común y regresos á este mismo derecho. Volveremos á hablar de ello.

443. El Código no deroga al derecho común que rige las relaciones de los acreedores con los herederos. No hay que decir que los esposos pueden aceptar bajo beneficio de inventario y que, en este caso, no están obligados á las deudas sino hasta concurrencia del valor de los bienes que recogen (art. 802) lo que naturalmente aprovecha á la comunidad, puesto que ésta no es otra cosa que los esposos asociados.

Hay otro principio de derecho común que recibe aplicación á la comunidad. Los autores dicen que los acreedores tienen siempre una acción directa en los bienes de la sucesión que son su prenda, cualquiera que sea la sucesión y de cualquiera manera que haya sido aceptada. Esto es dema-

no puede haber conflicto de derechos opuestos. ¿Qué pedirá el marido á la justicia? La mujer no obra, se abstiene: ¿pedirá el marido que obligue á la mujer en tomar calidad? Esto no lo adelantaría mucho; pues la mujer, suponiendo que el tribunal tenga el derecho de apremiarla, renunciaría y, por consiguiente, el marido se encontraría sin derecho alguno. Se pretende que el juez concederá á la mujer la autorización para renunciar ó al marido la de tomar posesión de la sucesión. ¡La *autorización de renunciar!* Pero la mujer dirá que no tiene necesidad de autorización para ejercer un derecho que le pertenece y que nadie puede quitarle. *¡Autorización para tomar la posesión!* Contestaremos que el juez se cuidará muy mucho de autorizar una vía de hecho, pues la toma de posesión, á pesar de la oposición del heredero verdadero, sólo es una vía de hecho. Se insiste y se dice que el marido obrará en virtud del art. 788. ¡El art. 788! Supone primero que el heredero ha renunciado; en el caso, la mujer heredera se abstiene. Supone que los acreedores piden la nulidad de la renuncia hecha en fraude de sus derechos. En el caso no hay acreedor, pues el marido no lo es; y no hay renuncia fraudulenta, puesto que la mujer no renuncia; su abstención no es fraudulenta, puesto que no perjudica ningún derecho. Aplicar el art. 788 á nuestra cuestión, es desviar completamente de su sentido natural una disposición que está hecha para un orden de ideas muy distinto. (1) Esto es lo que los intérpretes hacen muy frecuentemente. Esto no se llama interpretar á las leyes, esto se llama violentarlas haciéndolas decir lo que no han dicho.

II. Derechos de los acredores de la sucesión.

442. Cuando una sucesión vence á uno de los esposos,

1 Thiry, *mi Revista crítica*, 1857, t. XI, pág. 248, seguido por Rodière y Pont, t. II, pág. 59, núm. 768. Combatida por Aubry y Rau, t. V, pág. 374, nota 2, pfo. 513.

los acredores tienen contra él la acción que les pertenezca contra todo sucesible que acepta la herencia á la que está llamado. Esta acción es personal y nacida de la aceptación; el esposo, al aceptar, se obliga personalmente hacia los acreedores; esta es la confirmación de la posesión en virtud de la que de derecho pleno entra en posesión legal de los bienes del difunto, con la obligación de pagar todos los cargos de la sucesión (art. 724); está obligado indefinidamente, como todo deudor (arts. 2,092 y 2,093); ¿los acreedores tienen tambien acción contra la comunidad? sí, cuando el marido es heredero, por aplicación del principio que toda deuda del marido lo es de la comunidad. Si la sucesión vence á la mujer, hay distinción que hacer, como lo diremos más adelante. La mujer está siempre obligada en sus bienes de cualquier modo que acepte. Esto es de derecho común. Si la mujer acepta con autorización de justicia, los acreedores sólo tienen acción en el patrimonio de la mujer; es decir, en la nuda propiedad de sus propios. Si acepta con autorización del marido, obliga en principio á la comunidad; sin embargo, hay en este caso derogaciones al derecho común y regresos á este mismo derecho. Volveremos á hablar de ello.

443. El Código no deroga al derecho común que rige las relaciones de los acreedores con los herederos. No hay que decir que los esposos pueden aceptar bajo beneficio de inventario y que, en este caso, no están obligados á las deudas sino hasta concurrencia del valor de los bienes que recogen (art. 802) lo que naturalmente aprovecha á la comunidad, puesto que ésta no es otra cosa que los esposos asociados.

Hay otro principio de derecho común que recibe aplicación á la comunidad. Los autores dicen que los acreedores tienen siempre una acción directa en los bienes de la sucesión que son su prenda, cualquiera que sea la sucesión y de cualquiera manera que haya sido aceptada. Esto es dema-

siado absoluto. La prenda que los acreedores personales tienen en los bienes de su deudor, no es un derecho real que los acreedores puedan ejercer con respecto á todos; su acción en los bienes sólo es una dependencia de su acción contra la persona. ¿Qué sucede con esta prenda cuando muere el deudor? ¿Queda ligada á los bienes de manera que los acreedores puedan perseguir directamente á los bienes hereditarios? Nó. Tienen acción contra el heredero, como representante de la persona del difunto, si el heredero acepta pura y simplemente, y, por consiguiente, tienen acción en sus bienes en los que se confunden los bienes de la herencia. En este sentido, los acreedores tienen seguramente por prenda los bienes hereditarios; pero no es un derecho directo, no pueden embargar los bienes hereditarios como tales, su acción se dirige contra la persona del heredero, y si éste no satisface la obligación, pueden embargar los bienes, no los hereditarios, sino todos los bienes que componen el patrimonio del heredero vuelto deudor, y en estos bienes concurren con los acreedores personales del heredero. Tal es el derecho común y el Código no lo ha seguramente derogado.

La ley da á los acreedores de la sucesión un medio para conservar la prenda que tenían en los bienes del difunto, y de ser pagados directamente estos bienes, de preferencia á los acreedores del heredero en la separación del patrimonio (art. 878). Si piden la separación del patrimonio del difunto con el patrimonio del heredero, tendrán una acción directa en los bienes hereditarios y serán preferidos en estos bienes á los acreedores del heredero. Si los acreedores no piden la la separación de patrimonios, los bienes hereditarios se confunden con los bienes del heredero y, por consiguiente, los acreedcres no tienen ya acción directa en los bienes de la herencia.

Tal es el derecho común, y la ley no lo deroga, ex-

cepto en el caso previsto por el art. 1,417 acerca del que volveremos á hablar más adelante. (1)

Es, pues, expresarse mal, como se hace al decir que los acreedores conservan el derecho de promover directamente en los bienes de la sucesión y, por consiguiente, de provocar la separación del patrimonio; debe decirse que si los acreedores quieren tener el derecho de promover directamente en los bienes hereditarios, deben pedir la separación de patrimonios. Los mismos autores se expresan de una manera demasiado absoluta, diciendo que los acreedoaes tienen, en todos los casos, por primera prenda los bienes de la sucesión. (2) Hay que entender: á la condición que pidan la separación de patrimonios; será bueno agregar que para evitar todo error, pues pudiera creerse que los acreedores pueden, en virtud de su derecho de prenda, promover ante todo en los bienes de la herencia contra los herederos, lo que seguramente es un error.

444. Debe también recordarse lo que hemos dicho más atrás (núms. 396 y 397), que la ley sigue en esta materia de sucesiones vencidas á los esposos, un sistema diferente al que sigue para las deudas anteriores al matrimonio; éstas caen en la comunidad ó no, según que son mobiliares ó inmobiliares, mientras que las deudas de las sucesiones caen en el pasivo cuando la sucesión entra en el activo, sin que deba distinguirse si las deudas son mobiliares ó inmobiliares. Una sucesión puramente mueble, puede estar gravada con deudas inmobiliares; éstas entran en la comunidad, tanto como las deudas mobiliares, y por la misma razón, y es que la comunidad, aprovechando del activo hereditario, debe también soportar su pasivo. Decimos que debe *soportar* el pasivo de

1 Zachariæ, traducción de Massé y Vergé, t. IV, pág. 136, nota 36, y página 133, nota 15. Los editores hacen mal, en nuestro concepto, en combatir la doctrina de Zachariæ.

2 Rodière y Pont, t. II, pág. 37, núm. 744, y pág. 56, núm. 765. Compárese Colmet de Santerre, t. VI, pág. 123, núm. 52 *bis* II.

las sucesiones de las que aprovecha, pues no sólo está obligada para con los acreedores, sino también para con el esposo heredero, siempre sin distinción de la naturaleza de las deudas. Veremos más adelante las consecuencias de este principio.

Núm. 2. De las sucesiones mobiliares.

I. Del pago de las deudas.

445. Según el art. 1,411, «las deudas de las sucesiones puramente mobiliares que vencen á los esposos durante el matrimonio, están por el todo á cargo de la comunidad.» La razón es que la comunidad aprovecha de la totalidad de la sucesión; se le puede, pues, aplicar el principio que sólo hay bienes deduciendo las deudas: principio de toda justicia, puesto que el cargo debe ser para aquel que tiene los emolumentos.

446. Para la aplicación del principio, debe distinguirse si la sucesión vence al marido ó á la mujer. En cuanto á las sucesiones que tocan al marido, no hay dificultad; es heredero, acepta ó repudia, acepta pura y simplemente ó bajo beneficio de inventario, y ejerce todos los derechos con entera libertad. Cuando acepta se vuelve deudor personal; los acreedores tienen, pues, acción en los bienes propios del marido; tienen, además, acción en los bienes de la comunidad, puesto que las deudas de las sucesiones muebles entran en ella, y esto, como acabamos de decirlo (núm. 444), sin distinguirse si son muebles ó inmuebles; la comunidad, teniendo todo el emolumento, debe también tener todos los cargos.

Si el acreedor en lugar de promover contra la comunidad se atiene á los bienes del marido, éste tendrá compensación contra la comunidad, pues habrá pagado una deuda que ésta debe soportar; hay, pues, lugar á aplicar el principio de las compensaciones: todas las veces que la comunidad saca un provecho de los bienes personales de los esposos, debe recompensar á éste (art. 1,433). Si el marido estaba obligado á pagar toda la deuda como heredero puro y simple, tendrá derecho á una indemnización por el monto total de la deuda, aunque el activo hereditario fuera insuficiente para saldarla. Esta es una consecuencia del poder marital: toda deuda del marido es una deuda de la comunidad, aunque la deuda no aprovechare á ésta (núm. 435). (1)

447. Cuando una sucesión mobiliar vence á la mujer, debe distinguirse: ésta no goza de la libertad de acción que tiene el marido, le es preciso una autorización (art. 776) para aceptar la sucesión; y las consecuencias en cuanto á los derechos de los acreedores, son muy diferentes, según que la mujer está autorizada por el marido ó por la justicia.

Si la mujer acepta con autorización marital, se aplica el principio general formulado por el art. 1,419: la mujer que se obliga con consentimiento marital, obliga á la comunidad. Se obliga también personalmente; de esto, la consecuencia que los acreedores tienen acción en los bienes de la mujer, es decir, en la nuda propiedad de sus propios; pueden demandar á la comunidad y pueden promover contra el marido, puesto que toda deuda de la comunidad es deuda del marido. Sin embargo, la comunidad es la que debe soportar las deudas de las sucesiones mobiliares; si, pues, la mujer paga de sus propios, tiene derecho á compensación, lo mismo que el marido si está demandado en sus bienes personales. La indemnización es por el monto total de la deuda, puesto que ésta está por el todo á cargo de la comunidad.

448. Sucede muy diferentemente cuando la mujer acepta con autorización de justicia. Siempre está personalmente obligada; los acreedores pueden, pues, promover en la nuda propiedad de sus propios (núm. 431). ¿Estará obligada á la

1 Rodière y Pont, t. II, pág. 56, núm. 765. Aubry y Rau, t. V, pág. 377, pfo. 513.

las sucesiones de las que aprovecha, pues no sólo está obligada para con los acreedores, sino también para con el esposo heredero, siempre sin distinción de la naturaleza de las deudas. Veremos más adelante las consecuencias de este principio.

Núm. 2. De las sucesiones mobiliares.

I. Del pago de las deudas.

445. Según el art. 1,411, «las deudas de las sucesiones puramente mobiliares que vencen á los esposos durante el matrimonio, están por el todo á cargo de la comunidad.» La razón es que la comunidad aprovecha de la totalidad de la sucesión; se le puede, pues, aplicar el principio que sólo hay bienes deduciendo las deudas: principio de toda justicia, puesto que el cargo debe ser para aquel que tiene los emolumentos.

446. Para la aplicación del principio, debe distinguirse si la sucesión vence al marido ó á la mujer. En cuanto á las sucesiones que tocan al marido, no hay dificultad; es heredero, acepta ó repudia, acepta pura y simplemente ó bajo beneficio de inventario, y ejerce todos los derechos con entera libertad. Cuando acepta se vuelve deudor personal; los acreedores tienen, pues, acción en los bienes propios del marido; tienen, además, acción en los bienes de la comunidad, puesto que las deudas de las sucesiones muebles entran en ella, y esto, como acabamos de decirlo (núm. 444), sin distinguirse si son muebles ó inmuebles; la comunidad, teniendo todo el emolumento, debe también tener todos los cargos.

Si el acreedor en lugar de promover contra la comunidad se atiene á los bienes del marido, éste tendrá compensación contra la comunidad, pues habrá pagado una deuda que ésta debe soportar; hay, pues, lugar á aplicar el principio de las compensaciones: todas las veces que la comunidad saca un provecho de los bienes personales de los esposos, debe recompensar á éste (art. 1,433). Si el marido estaba obligado á pagar toda la deuda como heredero puro y simple, tendrá derecho á una indemnización por el monto total de la deuda, aunque el activo hereditario fuera insuficiente para saldarla. Esta es una consecuencia del poder marital: toda deuda del marido es una deuda de la comunidad, aunque la deuda no aprovechare á ésta (núm. 435). (1)

447. Cuando una sucesión mobiliar vence á la mujer, debe distinguirse: ésta no goza de la libertad de acción que tiene el marido, le es preciso una autorización (art. 776) para aceptar la sucesión; y las consecuencias en cuanto á los derechos de los acreedores, son muy diferentes, según que la mujer está autorizada por el marido ó por la justicia.

Si la mujer acepta con autorización marital, se aplica el principio general formulado por el art. 1,419: la mujer que se obliga con consentimiento marital, obliga á la comunidad. Se obliga también personalmente; de esto, la consecuencia que los acreedores tienen acción en los bienes de la mujer, es decir, en la nuda propiedad de sus propios; pueden demandar á la comunidad y pueden promover contra el marido, puesto que toda deuda de la comunidad es deuda del marido. Sin embargo, la comunidad es la que debe soportar las deudas de las sucesiones mobiliares; si, pues, la mujer paga de sus propios, tiene derecho á compensación, lo mismo que el marido si está demandado en sus bienes personales. La indemnización es por el monto total de la deuda, puesto que ésta está por el todo á cargo de la comunidad.

448. Sucede muy diferentemente cuando la mujer acepta con autorización de justicia. Siempre está personalmente obligada; los acreedores pueden, pues, promover en la nuda propiedad de sus propios (núm. 431). ¿Estará obligada á la

1 Rodière y Pont, t. II, pág. 56, núm. 765. Aubry y Rau, t. V, pág. 377, pfo. 513.

deuda la comunidad? En principio no, puesto que las deudas contraídas con autorización de justicia no entran en la comunidad. Sin embargo, puede suceder que de hecho la comunidad haya recogido los muebles hereditarios y haya aprovechado de ellos. En este caso, estará obligada por razón del provecho y hasta concurrencia de la ventaja que de ello sacó, y como toda deuda de la comunidad es deuda del marido, éste estará obligado en los mismos límites. El acreedor, en esta hipótesis, se dirigirá naturalmente á la mujer, puesto que está obligada por las deudas en su patrimonio, é indefinidamente si la aceptación ha sido pura y simple. La mujer obligada á pagar el total de la deuda ¿tendrá recurso contra la comunidad? En principio no, puesto que la comunidad no está obligada; pero si la comunidad aprovechó los muebles hereditarios, la mujer tiene un recurso contra ella hasta concurrencia de la ventaja que la comunidad sacó de los muebles. (1)

Lo que acabamos de decir supone que el mobiliar hereditario consta legalmente; es decir, que el marido hizo de él un inventario. La comunidad, en este caso, no está obligada á las deudas, excepto cuando aprovechó el mobiliar hereditario. El marido puede, pues, si lo demandan los acreedores, abandonarles el mobiliar inventariado, y si les da cuanto ha recibido, estará al abrigo de toda promoción. ¿Pero qué decidirse si el marido no hizo inventario? El art. 1,416 no prevee la dificultad; hay que aplicar por analogía lo que el art. 1,416 dice de las sucesiones: parte muebles y parte inmuebles. Si el marido ha refundido el mobiliar hereditario en el de la comunidad sin un previo inventario, se podrá promover contra los bienes de la comunidad y, por consiguiente, contra sus bienes personales. La razón es que los acreedores tienen acción contra el marido como tenedor del

1 Rodière y Pont, t. II, pág. 57. núm. 767. Colmet de Santerre, t. VI, página 124, núm. 52 *bis* II.

mobiliar hereditario; este mobiliar, en nuestro concepto (núm. 436), es la propiedad de la mujer, luego hace parte de la prenda de los acreedores; con este título los acreedores pueden embargarlo. La confusión del mobiliar hereditario con el de la comunidad, pone á los acreedores en la imposibilidad de ejercer este derecho; deben, pues, tener derecho de promover contra el marido indefinidamente, como tenedor de valores que son su prenda y que el marido no tenía calidad de retener. Estando el marido en la imposibilidad de probar cuál es la consistencia y el valor del mobiliar hereditario que ha elegido, se encuentra forzosamente obligado á pagar la totalidad de las deudas. (1)

449. Pothier prevee una dificultad de la que da la solución. Uno de los esposos es acreedor del difunto. ¿Se extinguirá su derecho por confusión? Para que la cuestión pueda presentarse, hay que suponer que el crédito le queda propio por habérselo reservado tal. Pothier decide que el crédito no se extingue; lo mismo sucede si el esposo heredero fuera deudor de una deuda que le ha quedado propia. ¿Por qué no hay confusión? Pothier responde que la comunidad debe ser considerada como cesionaria de los derechos sucesivos; y el cesionario de una sucesión debe responder para con el heredero por los créditos que éste tenía contra el difunto, y el heredero debe responder para con el cesionario por las deudas que tenía para con el difunto. Los autores modernos reproducen la decisión de Pothier con el motivo que da este autor. (2) En la opinión que hemos enseñado la puesta en comunidad no es una enajenación (números 210 y 211); luego el esposo heredero no cede sus derechos sucesivos á la comunidad, y, por consiguiente, no se

1 Duveyrier, Informe núm. 21 (Locré, t. VI, pág. 420). Colmet de Santerre, t. VI, pág. 123, núm. 52 *bis* II.

2 Pothier, *De la comunidad*, núms. 262 y 263. Aubry y Rau, t. V, págs. 377 y siguientes, y nota 7, pfo. 513, y todos los autores, excepto Toullier, t. VI, y página 261, núm. 293.

puede aplicar el principio de la cesión. Sin embargo, la decisión debe ser la misma; se funda en el carácter particular de la confusión. Hemos dicho en el título de las *Obligaciones*, que la confusión no extingue la deuda que sólo trae una imposibilidad de obrar, el acreedor vuelto deudor no pudiendo demandarse á sí mismo; de esto se sigue que la confusión no produce ningún efecto cuando esta imposibilidad de obrar no existe. Y el esposo heredero puede demandar á la comunidad en este sentido, que tiene derecho á una compensación; la comunidad aprovecha de la sucesión y debe responder para con el esposo por el crédito que éste tenía contra el difunto; no hay, pues, imposibilidad de obrar; por lo tanto, no hay confusión.

II. Contribución.

450. La comunidad que paga cualquiera deuda mueble ó inmueble con la que se encuentra gravada la sucesión mobiliar que entra en su activo, ¿tiene compensación que ejercer contra el esposo heredero? Nó, la comunidad está obligada á las deudas y las soporta sin compensación. El texto de la ley lo dice: las deudas en los términos del art. 1,411, están á *cargo* de la comunidad, luego ella es quien las soporta. La razón es que ella tiene todos los emolumentos. En lugar de tener derecho á una recompensa, ella es quien la debe al esposo heredero que ha pagado en sus bienes una deuda hereditaria que debe soportar la comunidad.

Hay un caso en el que las deudas de la sucesión venidas á la mujer no entran en la comunidad; esto es cuando la mujer, por haber rehusado el marido, acepta la sucesión con autorización de justicia. Si, en este caso, la comunidad pagase una deuda hereditaria en descargo de la mujer, tendría una compensación en virtud del derecho común formulado en el art. 1,437, pues el esposo habría sacado provecho personal de la comunidad para conservar sus inmuebles propios.

Núm. 3. De las sucesiones inmobiliares.

I. Del pago.

451. El art. 1,412 dice: "las deudas de una sucesión puramente inmobiliar que vence á uno de los esposos durante el matrimonio, no están á cargo de la comunidad." La comunidad no las soporta, pues, la razón está en que no aprovecha del activo. La sucesión, siendo puramente inmobiliar, queda propia del esposo heredero; él es, pues, quien está obligado á todas las deudas que la gravan, y él es quien debe soportarlos. Esto sólo es verdad de un modo absoluto para lo que se refiere á la contribución; vamos á decir que la comunidad puede estar obligada á pagar las deudas por demanda de los acreedores del marido.

El art. 1,412 agrega: "á reserva del derecho que tienen los acreedores de promover su pago en los inmuebles de dicha sucesión." No es exacto decir que los acreedores tienen una acción directa en los inmuebles de la sucesión, pues se trata de los acreedores quirografarios y éstos no tienen acción más que contra la persona del heredero y accesoriamente en sus bienes, entre los que se encuentran los inmuebles hereditarios. Los acreedores no pueden tener acción directa en los bienes de la sucesión, sino cuando han pedido la separación de patrimonios (núm. 443). El art. 1,412 deroga á los principios por otro lado, permitiendo á los acreedores demandar su pago en la propiedad entera de los inmuebles hereditarios. La comunidad tiene el usufructo de los inmuebles propios de los esposos, pertenece á la comunidad; y los acreedores de una sucesión inmobiliar no tienen, en general, acción contra la comunidad; no pueden, pues, demandar sus pagos en el usufructo. El art. 1,412 deroga á esto principio. Esto no es muy dudoso cuando se combina

puede aplicar el principio de la cesión. Sin embargo, la decisión debe ser la misma; se funda en el carácter particular de la confusión. Hemos dicho en el título de las *Obligaciones*, que la confusión no extingue la deuda que sólo trae una imposibilidad de obrar, el acreedor vuelto deudor no pudiendo demandarse á sí mismo; de esto se sigue que la confusión no produce ningún efecto cuando esta imposibilidad de obrar no existe. Y el esposo heredero puede demandar á la comunidad en este sentido, que tiene derecho á una compensación; la comunidad aprovecha de la sucesión y debe responder para con el esposo por el crédito que éste tenía contra el difunto; no hay, pues, imposibilidad de obrar; por lo tanto, no hay confusión.

II. Contribución.

450. La comunidad que paga cualquiera deuda mueble ó inmueble con la que se encuentra gravada la sucesión mobiliar que entra en su activo, ¿tiene compensación que ejercer contra el esposo heredero? Nó, la comunidad está obligada á las deudas y las soporta sin compensación. El texto de la ley lo dice: las deudas en los términos del art. 1,411, están á *cargo* de la comunidad, luego ella es quien las soporta. La razón es que ella tiene todos los emolumentos. En lugar de tener derecho á una recompensa, ella es quien la debe al esposo heredero que ha pagado en sus bienes una deuda hereditaria que debe soportar la comunidad.

Hay un caso en el que las deudas de la sucesión venidas á la mujer no entran en la comunidad; esto es cuando la mujer, por haber rehusado el marido, acepta la sucesión con autorización de justicia. Si, en este caso, la comunidad pagase una deuda hereditaria en descargo de la mujer, tendría una compensación en virtud del derecho común formulado en el art. 1,437, pues el esposo habría sacado provecho personal de la comunidad para conservar sus inmuebles propios.

Núm. 3. De las sucesiones inmobiliares.

I. Del pago.

451. El art. 1,412 dice: "las deudas de una sucesión puramente inmobiliar que vence á uno de los esposos durante el matrimonio, no están á cargo de la comunidad." La comunidad no las soporta, pues, la razón está en que no aprovecha del activo. La sucesión, siendo puramente inmobiliar, queda propia del esposo heredero; él es, pues, quien está obligado á todas las deudas que la gravan, y él es quien debe soportarlos. Esto sólo es verdad de un modo absoluto para lo que se refiere á la contribución; vamos á decir que la comunidad puede estar obligada á pagar las deudas por demanda de los acreedores del marido.

El art. 1,412 agrega: "á reserva del derecho que tienen los acreedores de promover su pago en los inmuebles de dicha sucesión." No es exacto decir que los acreedores tienen una acción directa en los inmuebles de la sucesión, pues se trata de los acreedores quirografarios y éstos no tienen acción más que contra la persona del heredero y accesoriamente en sus bienes, entre los que se encuentran los inmuebles hereditarios. Los acreedores no pueden tener acción directa en los bienes de la sucesión, sino cuando han pedido la separación de patrimonios (núm. 443). El art. 1,412 deroga á los principios por otro lado, permitiendo á los acreedores demandar su pago en la propiedad entera de los inmuebles hereditarios. La comunidad tiene el usufructo de los inmuebles propios de los esposos, pertenece á la comunidad; y los acreedores de una sucesión inmobiliar no tienen, en general, acción contra la comunidad; no pueden, pues, demandar sus pagos en el usufructo. El art. 1,412 deroga á esto principio. Esto no es muy dudoso cuando se combina

el art. 1,412 con el art. 1,417; volveremos á ello al explicar esta última disposición (núm. 458).

Hay todavía que hacer una observación acerca de la redacción del art. 1,412. El capital de las deudas no entra en la comunidad, pero ésta queda obligada por los intereses en virtud del núm. 3 del art. 1,409; la comunidad percibe los frutos de los bienes que pertenecen á los esposos; percibe, pues, los emolumentos de las sucesiones inmobiliares cuanto al producto; desde luego es justo que esté obligada á los intereses que se pagan de estos productos.

452. El segundo inciso del art. 1,412 contiene una derogación al principio tal cual está formulado por el primero: «No obstante, si la sucesión venció al marido, los acreedores de la sucesión pueden demandar su pago en todos los bienes propios, aun en los de la comunidad, á reserva en este segundo caso, de compensación debida á la mujer ó á sus herederos.» Esta disposición está también mal redactada. La palabra *no obstante* indica una excepción. Y no hay excepción en lo que la ley dice. Es claro que no es por excepción como los acreedores tienen derecho de demandar al marido en sus bienes propios; él es heredero; está, pues, obligado en sus bienes y *ultra vires* si acepta pura y simplemente; esto es de derecho común. Es también en virtud del derecho común, como el acreedor puede demandar los bienes de la comunidad, pues toda deuda del marido lo es de la comunidad para con los acreedores, á reserva de compensación. Estas inexactitudes de redacción provienen de que la ley no distingue la obligación de la comunidad de pagar las deudas y la contribución á las deudas. Es inútil insistir en esta crítica, puesto que los principios están seguros. (1)

453. Si la sucesión puramente inmobiliar toca á la mujer, debe distinguirse según el art. 1,413. Cuando la mujer

1 Rodiére y Pont, t. II, pág. 60, núm. 770.

acepta con consentimiento de su marido, los acreedores de la sucesión pueden perseguir el pago en los bienes personales de la mujer. Hay aquí derogación á un principio fundamental del régimen de la comunidad. La mujer obliga á la comunidad cuando se obliga con autorización de su marido (arts. 1,409, núm. 1, y 1,419); y la mujer que autorizada por su marido, acepta una sucesión, se obliga hacia los acreedores, con consentimiento de su marido; luego esta obligación debería caer en la comunidad á reserva de compensación. El art. 1,412 desecha esta consecuencia del principio, sólo da acción á los acreedores en los bienes personales de la mujer. ¿Cuál es el motivo de esta excepción? La ley no aplica el principio porque las razones que lo justifican solas, no reciben aplicación al caso previsto por el art. 1,413. ¿Por qué la obligación contraída por la mujer con consentimiento de su marido, cae en el pasivo de la comunidad? Porque la ley supone que la deuda fué contraída en interés de la comunidad ó del marido, lo que es lo mismo. Y esta suposición sólo puede hacerse cuando se trata de deudas gravando una sucesión inmobiliar; el difunto fué quien las contrajo y seguramente no lo hizo por interés de la comunidad, puesto que no aprovecha del activo hereditario. Hacer pagar estas deudas á la comunidad sería, pues, obligarla á pagar una deuda que le es evidentemente extraña. La ley deja á las suposiciones que han hecho establecer el principio del art. 1,419, para volver á la regla del derecho común en virtud de la que el acreedor sólo tiene acción en los bienes de su deudor.

Sin embargo, la ley deroga en este punto al derecho común. La mujer, bajo el régimen de la comunidad, no tiene otros bienes más que la nuda propiedad de sus propios; luego al obligarse sólo obliga á esta nuda propiedad; mientras que, según el art. 1,413, obliga toda la propiedad de sus bienes, pues esto es lo que entiende la ley al decir que los acree-

dores pueden perseguir su pago en todos los bienes personales de la mujer; la continuación del artículo lo prueba. Si la mujer sólo acepta con la autorización de la justicia, por haberse negado su marido, los acreedores no pueden proveerse sino en la nuda propiedad de los bienes personales de la mujer, lo que implica que tiene otro derecho más considerable cuando la mujer acepta con autorización marital: el marido, al autorizarla, no da á los acreedores acción contra la comunidad, pero les da un derecho que no les puede dar la justicia, un derecho en el usufructo de los propios de la mujer; el marido lo renuncia en provecho de los acreedores cuando autoriza á la mujer para aceptar la sucesión; lo que se entiende, puesto que en contra, el marido gana los productos de los inmuebles comprendidos en la sucesión. Esto es un efecto enteramente especial de la autorización marital, porque el caso es también enteramente especial. (1)

454. «Si la sucesión sólo fué aceptada por la mujer autorizada por la justicia, por negación del marido, los acreedores, en caso de insuficiencia de los inmuebles de la sucesión, no pueden proveerse sino en la nuda propiedad de los demás bienes personales de la mujer.» Resulta de esta disposición del art. 1,413 que los acreedores deben primero perseguir su pago en los bienes de la sucesión. ¿Quiere esto decir que los acreedores tienen acción en la toda propiedad de los inmuebles hereditarios? Si se entendiera la ley en este sentido, derogaría á los principios generales, sin que haya razón para esta excepción. En efecto, la mujer es propietaria de los bienes en virtud de la posesión y de la aceptación; los bienes de la sucesión se confunden con sus bienes personales y forman un solo y mismo matrimonio, que le es propio en cuanto á la nuda propiedad, y que entra en la comunidad cuanto al usufructo. La justicia, al autorizar á la mujer para aceptar, no puede autorizarla á obligarse sino en los bienes que le pertenecen; es decir, en la nuda propiedad de sus propios, sin que deban distinguirse los bienes hereditarios de los demás bienes de la mujer. Es verdad que en este caso los acreedores pierden una parte de su prenda, el usufructo de los bienes de la sucesión. Esto es una consecuencia del poder que el marido tiene en los bienes de la comunidad. Los acreedores ni siquiera pudieran evitar esta pérdida pidiendo la separación de patrimonios, pues este beneficio sólo asegura su prenda contra los acreedores del esposo; y aquí el conflicto existe entre los acreedores y la comunidad, que tiene derecho al goce en virtud de las convenciones matrimoniales.

Según esta interpretación, el final del art. 1,413 sólo tiene por objeto determinar el orden en el que los acreedores deben promover en los bienes de la mujer; primero deben perseguir los bienes hereditarios, después los bienes personales del esposo; en uno y otro caso, sólo tienen acción en la nuda propiedad de los propios de la mujer. El art. 1,417 contiene una disposición análoga en lo que concierne á las sucesiones, parte mueble y parte inmueble, vencidas á la mujer; volveremos á hablar de ella. (1)

1 Durantón, t. XIV, pág. 322, núm. 236. En sentido contrario, Toullier, (tomo VI, 2, pág. 282, núm. 250), cuya opinión está combatida por todos los autores (Troplong, t. I, pág. 258, núms. 799-804).

II. De la contribución.

455. La comunidad sólo aprovecha de las sucesiones inmobiliares por los frutos que percibe; no debe, pues, soportar las deudas que gravan dichas sucesiones sino cuanto á los intereses; cuanto al capital, las deudas no están á cargo de la comunidad; éstos son los términos del art. 1,412, se refieren á la contribución más bien que á la obligación por el pago de las deudas. Resulta que si la comunidad paga

1 Compárese Colmet de Santerre, t. VI, pág. 127, núm. 55 *bis* I.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

una deuda de una sucesión inmobiliar, tiene derecho á una compensación contra el esposo heredero. La comunidad está obligada á pagar las deudas cuando el marido es heredero; éste debe, en este caso, una indemnización, puesto que él, en calidad de heredero, es quien tiene todos los emolumentos del activo hereditario. Cuando la mujer es heredera, la comunidad no está obligada á pagar las deudas, pero puede suceder que las pague para evitar la expropiación de los bienes de la mujer; tendrá derecho á una compensación por aplicación del principio general del art. 1,437, según el cual el esposo debe compensación todas las veces que ha sacado un provecho personal de los bienes de la comunidad.

Núm. 4.—De las sucesiones, parte mueble y parte inmueble.

I. Del pago.

456. Cuando la sucesión es parte mobiliar y parte inmobiliar, los muebles caen en la comunidad y los inmuebles quedan propios del esposo heredero. El art. 1,414 deduce la consecuencia que las deudas están soportadas por la comunidad y por el esposo, en proporción del valor del mobiliar y del de los inmuebles. Este principio sólo concierne la contribución. Cuanto al pago de las deudas, hay que distinguir si la sucesión toca al marido ó á la mujer. Si venció al marido, los acreedores pueden perséguir al marido en sus bienes personales y tienen también acción contra la comunidad, aun por la parte de las deudas que el marido debe soportar por razón de los inmuebles que recoge. La razón es que para con los acreedores toda deuda del marido es deuda de la comunidad, á reserva de compensación (art. 1,416).

457. Si la sucesión venció á la mujer, hay que distinguir. Cuando la mujer acepta con consentimiento del marido, los acreedores tienen, en primer lugar, acción en los bienes personales de la mujer; pueden también promover contra la comunidad y, por consiguiente, contra el marido, por aplicación del principio que toda deuda de la comunidad es deuda del marido. ¿Por qué el art. 1,416 da acción á los acreedores contra la comunidad? Puede decirse que esto es una consecuencia del principio formulado por el art. 1,419; al aceptar la mujer se obliga para con los acreedores con autorización del marido; luego esta obligación cae en la comunidad: es el derecho común. Pero el Código deroga el derecho común en lo que se refiere á las sucesiones inmobiliares; las deudas de estas sucesiones no pueden ser perseguidas contra la comunidad, aunque la mujer acepte con consentimiento del marido; ya hemos dado el motivo de esta derogación á la regla del art. 1,419 (núm. 453). Lógicamente, la ley hubiera debido aplicar la disposición excepcional del art. 1,413 en caso de sucesión parte mueble y parte inmueble, porque hay identidad de motivos. Si en una sucesión de 100,000 francos hay 50,000 en inmuebles, las deudas que gravan á estos inmuebles son extrañas á la comunidad; no puede, pues, aplicárseles la regla del artículo 1,419.

No obstante, la ley, derogando al artículo 1,413, vuelve al principio del art. 1,419. Motivo jurídico de esta anomalía, no lo hay, sólo puede darse una razon de hecho: el legislador quiso favorecer la acción de los acreedores simplificando la promoción. Si los acreedores no hubiesen tenido acción contra la comunidad sino hasta concurrencia de la porción por la que ésta debe contribuir, hubieran tenido que comenzar por establecer cuál es esta porción contributiva; este cálculo hubiera dado lugar á dificultades que hubieran estorbado la acción de los acreedores. El legislador pensó que éstos no debían sufrir retardo en su pago por la circunstancia que la sucesión vence á una mujer casada; es más sencillo y más equitativo que los esposos arreglen la

una deuda de una sucesión inmobiliar, tiene derecho á una compensación contra el esposo heredero. La comunidad está obligada á pagar las deudas cuando el marido es heredero; éste debe, en este caso, una indemnización, puesto que él, en calidad de heredero, es quien tiene todos los emolumentos del activo hereditario. Cuando la mujer es heredera, la comunidad no está obligada á pagar las deudas, pero puede suceder que las pague para evitar la expropiación de los bienes de la mujer; tendrá derecho á una compensación por aplicación del principio general del art. 1,437, según el cual el esposo debe compensación todas las veces que ha sacado un provecho personal de los bienes de la comunidad.

Núm. 4.—De las sucesiones, parte mueble y parte inmueble.

I. Del pago.

456. Cuando la sucesión es parte mobiliar y parte inmobiliar, los muebles caen en la comunidad y los inmuebles quedan propios del esposo heredero. El art. 1,414 deduce la consecuencia que las deudas están soportadas por la comunidad y por el esposo, en proporción del valor del mobiliar y del de los inmuebles. Este principio sólo concierne la contribución. Cuanto al pago de las deudas, hay que distinguir si la sucesión toca al marido ó á la mujer. Si venció al marido, los acreedores pueden perséguir al marido en sus bienes personales y tienen también acción contra la comunidad, aun por la parte de las deudas que el marido debe soportar por razón de los inmuebles que recoge. La razón es que para con los acreedores toda deuda del marido es deuda de la comunidad, á reserva de compensación (art. 1,416).

457. Si la sucesión venció á la mujer, hay que distinguir. Cuando la mujer acepta con consentimiento del marido, los acreedores tienen, en primer lugar, acción en los bienes personales de la mujer; pueden también promover contra la comunidad y, por consiguiente, contra el marido, por aplicación del principio que toda deuda de la comunidad es deuda del marido. ¿Por qué el art. 1,416 da acción á los acreedores contra la comunidad? Puede decirse que esto es una consecuencia del principio formulado por el art. 1,419; al aceptar la mujer se obliga para con los acreedores con autorización del marido; luego esta obligación cae en la comunidad: es el derecho común. Pero el Código deroga el derecho común en lo que se refiere á las sucesiones inmobiliares; las deudas de estas sucesiones no pueden ser perseguidas contra la comunidad, aunque la mujer acepte con consentimiento del marido; ya hemos dado el motivo de esta derogación á la regla del art. 1,419 (núm. 453). Lógicamente, la ley hubiera debido aplicar la disposición excepcional del art. 1,413 en caso de sucesión parte mueble y parte inmueble, porque hay identidad de motivos. Si en una sucesión de 100,000 francos hay 50,000 en inmuebles, las deudas que gravan á estos inmuebles son extrañas á la comunidad; no puede, pues, aplicárseles la regla del artículo 1,419.

No obstante, la ley, derogando al artículo 1,413, vuelve al principio del art. 1,419. Motivo jurídico de esta anomalía, no lo hay, sólo puede darse una razon de hecho: el legislador quiso favorecer la acción de los acreedores simplificando la promoción. Si los acreedores no hubiesen tenido acción contra la comunidad sino hasta concurrencia de la porción por la que ésta debe contribuir, hubieran tenido que comenzar por establecer cuál es esta porción contributiva; este cálculo hubiera dado lugar á dificultades que hubieran estorbado la acción de los acreedores. El legislador pensó que éstos no debían sufrir retardo en su pago por la circunstancia que la sucesión vence á una mujer casada; es más sencillo y más equitativo que los esposos arreglen la

contribución entre sí y que los acreedores tengan derecho de promover según el derecho común. (1)

458. Si la sucesión fué aceptada por la mujer con autorización de justicia, hay una nueva distinción que hacer. Aunque el marido haya rehusado autorizar, debe tener cuidado de hacer un inventario de la consistencia y valor del mobiliar. La ley lo ordena para evitar las dificultades que resultarían de la confusión del mobiliar hereditario con el de la comunidad. Si hubo inventario, el art. 1,417 dispone que los acreedores no pueden demandar su pago más que en los bienes, tanto muebles como inmuebles, de dicha sucesión, y en caso de insuficiencia en la nuda propiedad de los demás bienes personales de la mujer. Esta es una disposición análoga á la del art. 1,413; entendiéndola á la letra, es difícil conciliarla con los principios que rigen los derechos de los acreedores. Que la mujer acepte con autorización de justicia ó con el consentimiento de su marido, poco importa; los bienes que recoge se confunden siempre con sus bienes personales y forman un solo y mismo patrimonio. Los acreedores sólo tienen una acción personal contra la mujer y en la nuda propiedad de sus propios, y entre estos propios se encuentran los bienes hereditarios; cuanto al goce, pertenece á la comunidad; no pueden, pues, tener acción en el usufructo de los propios de la mujer; la ley lo dice para los bienes personales, los acreedores no pueden promover sino en la nuda propiedad; y los bienes de la sucesión y los de la mujer forman un solo patrimonio. No obstante, la ley parece dar á los acreedores un derecho en toda la propiedad de los bienes de la sucesión tanto muebles como inmuebles, por oposición á los bienes personales, de los que sólo pueden demandar la nuda propiedad. Así entendido, el artículo 1,417 está en oposición con los principios que acabamos de recordar, y no vemos el motivo que justifique esta derogación. Se dirá en vano que los bienes de la herencia son la prenda de los acreedores; hemos dicho ya que esto sólo es exacto si se entiende por esto un derecho real (núm. 443); este derecho de prenda no impide que los bienes hereditarios entren en el patrimonio del esposo heredero y tengan que sufrir el derecho de goce que pertenece á la comunidad; es sólo dentro de estos límites como los bienes de la sucesión quedan en prenda de los acreedores. Sin embargo, el texto no permite otra interpretación. Hay, pues, que admitir que la ley deroga al rigor de los principios, sin duda por una consideración de equidad: los bienes de la sucesión eran la prenda de los acreedores por toda la propiedad; es justo que los acreedores conserven esta prenda aunque uno de los herederos sea esposo común en bienes.

1 Esta explicación está generalmente admitida. Aubry y Rau, t. V, pág. 380, nota 12, pfo. 513. Compárese Colmet de Santerre, t. VI, pág. 134, núm. 60 *bis* III, que da otra explicación menos satisfactoria, en nuestro concepto.

El art. 1,417 agrega que los acreedores deben, ante todo, perseguir su pago en los bienes de la sucesión; y sólo es un caso de insuficiencia que podrá perseguir la nuda propiedad de los demás bienes personales de la mujer. Esta disposición se concibe si se admite que los acreedores tienen una acción en toda la propiedad de los bienes hereditarios; conviene vender estos bienes antes de proceder á la venta de la nuda propiedad de los bienes personales de la mujer; pues la nuda propiedad se vende mal, y además, el marido tiene interés á que no se venda, pues le es más ventajoso tener el goce de los bienes que pertenecen á su mujer que el ser usufructuario de bienes perteneciendo á un tercero, lo que da lugar á frecuentes conflictos. La disposición del art. 1,417 no se concibe en la interpretación que hubiéramos querido dar á la ley, conciliándola con los principios generales; si los acreedores no pueden perseguir sino la nuda propiedad de los bienes hereditarios, no hay ya razón para que lo ha-

gan antes de los bienes personales de los esposos. Hay, pues, que admitir que la ley deroga al derecho común.

459. Si la mujer acepta con autorización de justicia, y si el marido ha confundido el mobiliar hereditario en el de la comunidad sin inventario previo, la ley da acción á los acreedores contra la comunidad y, por consiguiente, en los bienes del marido, como si la sucesión hubiera sido aceptada con el consentimiento de este último (art. 1,416). Ya hemos dado los motivos de esta disposición que se aplica por analogía á las sucesiones mobiliares que la mujer acepta con autorización de justicia (núm. 448). Cuando el marido rehusa la autorización de aceptar una sucesión parte mueble parte inmueble, los bienes hereditarios muebles é inmuebles quedan propios á la mujer, el marido sólo tiene el goce de ellos. Pero el marido debe esperarse á que los acreedores persigan los bienes hereditarios, debiendo ser separada la sucesión, puesto que el marido no quiere que la mujer la acepte. Desde luego no debe confundir el mobiliar hereditario con el de la comunidad, puesto que esto impediría á los acreedores de obrar en el mobiliar que es su prenda; si si el marido descuida de hacer inventario, los acreedores podrán siempre perseguirlo como detentador del mobiliar hereditario, y podrán perseguirlo indefinidamente, puesto que nada prueba, á falta de inventario, que el mobiliar sea insuficiente; el marido se colocó por su descuido en la imposibilidad de probar la insuficiencia; las consecuencias de su culpa deben recaer en él y no en los acreedores. (1)

II. De la contribución.

460. Hay lugar á compensación, primero, en la hipótesis que acabamos de examinar. La sucesión parte mueble parte inmueble, venció á la mujer, el marido no hizo inven-

1 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 135, núm. 60 *bis* V.

tario; los acreedores tienen acción contra la comunidad, aunque la mujer hubiese aceptado con autorización de justicia. Por promoción de los acreedores, debe pagar la totalidad de la deuda. ¿Tiene derecho á una compensación? La afirmativa no es dudosa. No es este el caso de aplicar el artículo 1,416 que decide la cuestión del pago de las deudas, es decir, de la acción de los acreedores contra la comunidad. Cuanto á la contribución, está reglamentada por el artículo 1,414, el que dice: «Cuando la sucesión vencida á uno de los esposos es parte mueble parte inmueble, las deudas de que está gravada están á cargo de la comunidad sólo hasta concurrencia de la porción contributiva del mobiliar en las deudas con relación al valor de este mobiliar comparado con el de los inmuebles.» Esta disposición es general y se aplica á todas las hipótesis, ya sea que la sucesión toque á la mujer ó al marido y que la mujer acepte con autorización marital ó de justicia. Las distinciones que hacen los artículos 1,416 y 1,417, sólo se refieren á las relaciones de la comunidad con los acreedores; cuanto á las relaciones de los esposos entre sí, están reglamentadas por el art. 1,414, el que no hace ninguna distinción y aplica á todas las hipótesis el principio de las compensaciones. Hay lugar á recompensa en favor de la comunidad, en todos los casos en los que paga deudas que deben ser soportadas por los esposos; luego en el caso en el que la mujer acepta la sucesión con autorización de justicia sin que el marido haya hecho inventario. La comunidad debe en este caso pagar á los acreedores; paga, pues, deudas que no debe soportar; por lo cual tiene una compensación. ¿Cuál será el monto de esta indemnización? Se aplican los principios generales. Si la comunidad aprovechó de parte de los muebles, está obligada á las deudas hasta concurrencia del provecho que ha sacado; sólo tendrá derecho á compensación por el excedente. ¿Cómo probará el marido que ha pagado deudas más allá de lo

que debía soportar la comunidad? A falta de inventario podrá probar con títulos la consistencia y naturaleza del mobiliar. No será admitido á dar esta prueba por testigos, puesto que tenía una vía legal para procurarse una prueba auténtica haciendo inventario; por consiguiente, quedará bajo el imperio del derecho común. Si los acreedores hubiesen demandado al marido, como tienen derecho de hacerlo en todos los casos en que la comunidad está obligada á pagar, el marido sería quien tendría derecho á compensación. En fin, la recompensa sería debida á la mujer si los acreedores hubieran perseguido sus propios por una deuda que debiera soportar la comunidad, por razón del provecho que hubiese sacado del mobiliar hereditario. (1)

La hipótesis más frecuente en la que la comunidad tiene derecho á compensación es la de la aceptación de una sucesión parte mobiliar y parte inmobiliar por el marido ó por la mujer con autorización marital. En ambos casos, los acreedores pueden perseguir á la comunidad por la totalidad de las deudas, aunque no deba soportarlas más que por una parte hasta concurrencia de la porción contributiva del mobiliar. ¿Cuáles son los principios que rigen estas recompensas? Los expondremos más adelante; por ahora, vamos á explicar los arts. 1,414 y 1,415.

461. ¿Se tiene en cuenta, en el arreglo de la contribución, la naturaleza de las deudas según sean muebles ó inmuebles? La negativa es admitida por todos, excepto el disentimiento de Bellot des Minières cuya opinión ha quedado aislada. (2) En principio, no hay lugar á distinguir entre las deudas muebles y las deudas inmuebles cuando se trata de saber quién las soporta. Están á cargo del heredero, como consecuencia de la posesión; el heredero está en posesión de los bienes con la obligación de saldar *todos los cargos* de la

1 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 135, núm. 60 *bis* VI.
2 Véanse las citaciones en Aubry y Rau, t. V, pág. 379, nota 10, pfo. 513.

sucesión; está obligado á ellos como lo estaba el difunto, luego sin ninguna distinción. Si la sucesión tocó á un esposo común en bienes, el esposo toma los inmuebles y la comunidad los muebles: ¿cómo soportarán las deudas? ¿será por razón de la naturaleza de los bienes, de manera que la comunidad soporte las deudas muebles y el esposo las deudas inmuebles? El art. 1,414 no dice esto y no podía decirlo sin derogar á los principios elementales de la sucesión. Si el esposo debe soportar todas las deudas cuando sólo recoge la herencia, debe soportarlas por una parte cuando sólo toma una parte de los bienes, los inmuebles, y la comunidad debe soportar la otra parte, puesto que toma el mobiliar hereditario. Esta fracción depende, no de la naturaleza de las deudas sino de la consistencia y del valor de los bienes que la comunidad y el esposo recogen. Esto es lo que dice el art. 1,414: la comunidad soporta las deudas hasta concurrencia de la porción contributiva del mobiliar en las deudas, en relación al valor de este mobiliar con el de los inmuebles. Hemos dicho más atrás (núm. 397), que el Código no sigue, en esta materia de sucesiones, el principio que sigue para las deudas anteriores al matrimonio; la distinción entre las deudas mobiliares y las inmobiliares hubiera conducido á un resultado muy injusto, el de cargar á la comunidad con todas las deudas, aunque no recoge sino una parte de la sucesión. En efecto, casi todas las deudas son mobiliares; si estuvieran á cargo del mobiliar, la comunidad debiera soportarlas, aunque los muebles que recoja no formen sino una débil parte de la sucesión, lo que sería de gran injusticia.

462. Queda por saber si la ley toma en consideración, en el cálculo de la porción contributiva, el valor comparativo de los bienes ó el emolumento real que la comunidad percibe. El texto decide la cuestión diciendo: "En atención al valor de los muebles comparado al de los inmuebles." Si los

muebles representan la tercera parte de la sucesión, aunque sobrepasare el emolumento que la comunidad saca de la sucesión, la comunidad soportará la tercera parte de todas las deudas. Esto es el derecho común en materia de sucesión y en materia de comunidad. El heredero está obligado por las deudas *ultra vires*, á no ser que acepte bajo beneficio de inventario; y la comunidad es heredera por la parte mueble de la sucesión; está, pues, sometida á la regla general. Lo mismo sucede con las deudas anteriores al matrimonio, están á cargo de la comunidad aunque las deudas sobrepasen al activo mueble. Si los esposos quieren ponerse al abrigo del peligro de que los amenaza el pasivo anterior al matrimonio, deben estipular la separación de las deudas, y tienen un medio muy sencillo para no ser responsables por las deudas de las sucesiones sino hasta concurrencia del emolumento que perciben, es aceptar bajo beneficio de inventario. (1)

¿Como se determinará la porción contributiva de la comunidad y del esposo heredero? Se estima el valor del mobiliar y el de los inmuebles, se establece la proporción entre estos dos valores, y la cifra que se encuentra representará la parte que la comunidad y el esposo deben soportar en cada deuda. Se supone que la sucesión es de 90,000 francos, de los que 30,000 son en muebles y 60,000 en inmuebles; la proporción del valor mueble es, pues, de una tercera parte; la comunidad soportará la tercera parte en cada deuda y los esposos las dos terceras partes. (2)

463. Se presenta una dificultad en en caso el que uno de los esposos es acreedor ó deudor del difunto. ¿Se comprenderá el crédito en el activo y la deuda en el pasivo? ¿ó el crédito y la deuda se extinguirán por confusión? Ya hemos encontrado esta cuestión en las sucesiones puramente

1 Toullier, t. VI, 2, pág. 259, núm. 292, y todos los autores.
2 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 127, núm. 56 *bis* I.

mobiliares, y hemos dicho que, según la opinion unánime de los autores, el esposo heredero quedaba acreedor ó deudor (449). Debe aplicarse esta decisión á la parte mueble de las sucesiones mixtas. En efecto, los muebles no estan recogidos por el esposo heredero, pertenecen á la comunidad; de esto resulta que el esposo puede perseguir su crédito contra la comunidad, y la comunidad puede perseguir su pago contra el esposo deudor; lo que excluye la confusión; la confusión sólo extinguiendo las deudas por razón de la imposibilidad en que se encuentra el acreedor vuelto deudor, de promover el pago. Pero esta imposibilidad subsiste para la parte inmobiliar de la sucesión, ésta pertenece al esposo, y el esposo es también deudor de la posesión de la deuda que grava al inmueble; es, pues, á la vez que acredor, deudor, lo que es el caso de la confusión; no puede demandarse á sí mismo. Para que la cuestión se presente, debe suponerse que el crédito es propio del esposo, pues si el crédito cae en la comunidad, no puede tratarse para el esposo de pedir su pago. (1)

464. ¿Cómo se probará el valor comparativo de los muebles y de los inmuebles? El art. 1,414, 2.° inciso, contesta á la cuestión: "Esta porción contributiva se arregla según el inventario que el marido deba hacer previamente, sea por sí, si la sucesión le concierne personalmente, sea como dirigiendo y autorizando las acciones de su mujer, cuando se trata de una sucesión que le incumbe." Se concibe la obligación impuesta al marido cuando autoriza á su mujer para aceptar. Pero cuando, habiendo rehusado, la mujer se hace autorizar por la justicia, el marido debe, no obstante, hacer inventario, puesto que la ley está concebida en términos absolutos. Si la ley le impone este deber, es porque, bajo el régimen de la comunidad, la mujer no está acostumbrada á

1 Odier, t. I, pág. 285, núm. 190. Aubry y Rau, t. V, pág. 380, nota 13, página 513.

cuidar por sí de sus intereses; está excluida de la gestión de los negocios comunes, aunque esté interesada como socio, y ni siquiera gestiona su propio patrimonio, cuya administración y goce pasan al marido. Extraña á los negocios, al mujer pudiera ignorar que debe hacer un inventario; es, pues, más justo que el marido esté encargado de esta obligación. Está, además, interesado en ella, puesto que si el mobiliar hereditario está confundido con el de la comunidad, debe presentar á los acreedores los muebles inventariados, si no la comunidad deberá pagar las deudas (1).

El inventario no comprende, en general, sino el mobiliar. En el caso, debiera contener la estimación de los inmuebles: este es un elemento necesario para establecer el cálculo proporcional, según el que se arregla la porción contributiva de la comunidad y del esposo en las deudas de la sucesión. Sin embargo, la ley no hace de ello una obligación al marido; resulta que si el inventario nada dice de los inmuebles, no hay lugar á aplicar la disposición bastante severa del artículo 1,415; esto es una pena que la ley pronuncia contra el marido que no ha hecho inventario cuando el inventario describe el mobiliar, pues el inventario no tiene otro objeto. A la verdad, sería útil que contuviera la estimación de los inmuebles, pero en el silencio de la ley no puede extenderse á la falta de estimación de los inmuebles, lo que el artículo 1,416 dice de la falta de inventario; no hay pena sin ley, y las disposiciones penales son de la más extricta interpretación (2). Vamos á decir en lo que consiste la pena.

465. «A falta de inventario y en todos los casos en los que esta falta perjudica á la mujer, ella ó sus herederos pueden, cuando la disolución de la comunidad, perseguir las recompensas de derecho, y aun dar prueba tanto por títulos

1 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 128, núm. 56 *bis* II.
2 Toullier, t. VI, 2, pág. 257, núm. 288. Aubry y Rau, t. V, pág. 380, nota 14, pfo. 513.

como por papeles domésticos y testigos, y en caso de necesidad por fama pública, de la consistencia y valor de los muebles no inventariados. El marido no está nunca admitido á esta prueba» (art. 1,415).

¿Cuándo puede la falta de inventario perjudicar á la mujer? Si á ella es á quien tocó la sucesión, debe soportar las deudas por la parte contributiva de los inmuebles que recoge; tiene, pues, interés en establecer el verdadero valor de los muebles; á falta de inventario, el marido pudiera pretender que los muebles forman sólo la cuarta parte de la sucesión, mientras que en realidad forman la tercera, con el fin de aumentar la proporción en la que debe contribuir la mujer en las deudas y disminuir de otro tanto el cargo de la comunidad, de la que el marido toma la mitad, y aun todo en caso de renuncia de la mujer. Si la sucesión tocó al marido, está también interesada la mujer en que el mobiliar hereditario conste auténticamente, pues para disminuir la parte contributiva de los inmuebles que está á cargo del marido, éste pudiera decir que el mobiliar comprende la tercera parte de la herencia, mientras que sólo forma la cuarta; la mujer que toma la mitad de la comunidad, tiene interés á que no la carguen de una parte de la deuda superior á la que debe soportar. (1)

La falta de inventario puede ser debida á la negligencia del marido ó á su dolo. En una y otra suposición, debe soportar la responsabilidad. La ley pronuncia una especie de pena contra él permitiendo á la mujer establecer por medios que no admite el derecho común, la consistencia y el valor mobiliar no inventariado. Desde luego la ley declara admisible la prueba testimonial, desde que el objeto del litigio sobrepasa de 150 francos, pues dependía de la mujer procurarse una prueba literal haciendo inventario; esto es un acto

1 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 129, núm. 57 *bis* I.

conservatorio que puede hacer sin autorización del marido. La ley admite la prueba testimonial en favor de la mujer y contra el marido; esto es ya una pena. La ley va más allá: la mujer puede dar prueba, por la fama pública, de la consistencia y valor del mobiliario inventariado. Esta prueba es enteramente exhorbitante del derecho común; la ley la establece siempre á título de pena contra aquel que, obligado á hacer un inventario, no lo hizo por negligencia ó por dolo. Hay una gran diferencia entre la prueba por testigos y la por fama pública. El testigo declara lo que ha visto. La prueba por fama pública se hace también por instrucción, (1) pero el testigo declara, no lo que vió ó sabe personalmente, sino lo que se dice, lo que se piensa. Así, en el caso, los testigos vendrían á declarar que oyeron decir, que se dice que el mobiliar hereditario valía 10,000 francos. Esta es la más peligrosa de las pruebas, si puede darse el nombre de prueba á simples díceres.

466. El art. 1,415 dice que el marido no se admite nunca á dar *esta prueba*. ¿De qué prueba se trata? No puede tratarse de la prueba excepcional por testigos y por fama pública; el marido no puede prevalerse de su negligencia para que se le admita á dar una prueba que desecha el derecho común. ¿Quiere decir que el marido no estaría admitido á probar con títulos la constancia y valor del mobiliar no inventariado para establecer la parte contributiva en las deudas, ya de la comunidad, ya de la mujer, ya suya si fuera heredero? El art. 1,415 no lo dice; no gusta al marido su derecho á compensación y no está permitido sobrepasar las penas; el único objeto de esta disposición es permitir á la mujer establecer por una preba excepcional el valor del mobiliar no inventariado. Cuanto á la contribución á las deu-

1 Los notarios no tienen derecho de recibir lo que llaman un *inventario por fama pública*. Se trata de una prueba que se hace por audición de testigos, luego es una instrucción, y toda instrucción se hace en justicia. Casación, 17 de Enero de 1838 (Dalloz, en la palabra *Instrucción*, núm. 107).

das de la comunidad y del esposo heredero, está reglamentada por el art. 1,416 que sienta como principio absoluto que la contribución se hace proporcionalmente al valor del mueble y del inmueble; el marido puede pedir que la contribución se haga conforme á la ley, tanto como la mujer; sólo cuando se trata de probar la consistencia y valor del mueble, la mujer estará admitida á probar con la prueba excepcional del art. 1,415, mientras que el marido deberá hacerlo según el derecho común. Esta interpretación de la ley que resulta de los principios y de los textos está también fundada en la razón. No siempre es por dolo ni por negligencia como el marido se abstiene de hacer inventario, puede ser para evitarse gastos cuando ya existe una acta que puede servir de prueba, tal como una cuenta de tutela ó de partición. ¿Por qué no permitir al marido invocar estos títulos para determinar la contribución conforme á la ley? (1)

467. La ley da á los herederos el mismo derecho que á la mujer á falta de inventario. Esto es de derecho común. En materia de comunidad los herederos gozan de los mismos privilegios que la ley concede á la mujer, por razón de su posición subordinada bajo este régimen. Por otro lado, no hay lugar á conceder á los herederos del marido el derecho de probar por testigos ó por fama pública, la consistencia y valor del mobiliar; no pudieran ser admitidos á una prueba excepcional más que si la ley les diera este beneficio; en el silencio de la ley quedan bajo el imperio del derecho común. (2)

Núm. 5. De las donaciones.

468. El art. 1,418 dice: "Las reglas establecidas por el art. 1,411 y siguientes, rigen á las deudas dependiendo de

1 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 130, núm. 57 *bis* II.
2 Compárese Colmet de Santerre, t. VI, pág. 131, núm. 57 *bis* III. En sentido contrario, Rodière y Pont, t. II, pág. 53, núm. 762.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

una donación como las que resultan de una sucesión.» Por donación la ley entiende no sólo las donaciones entre vivos, pero también los legados que, en derecho, están comprendidos bajo el nombre de donaciones. Se trata naturalmente de las donaciones y legados que por su naturaleza obligan al donatario y al legatario al pago de las deudas del donante ó testador; es, pues, preciso que los legados sean universales ó á título universal; cuanto á las donaciones, sólo las que se hacen por contrato de matrimonio son asimiladas por la ley á las sucesiones cuando comprenden los bienes que el donante dejara á su muerte; se les llama instituciones contractuales. Transladamos para los principios al título de las *Donaciones y Testamentos*.

Se ha hecho notar que la hipótesis del art. 1,413 sólo se realiza en materia de donaciones. Las sucesiones enteramente inmobiliares sólo existen en teoría, mientras que una donación ó un legado puede no comprender más que los inmuebles del disponente. Aun así son raras estas disposiciones. (1)

§ V.—De los cargos usufructuarios.

Núm. 1. Intereses de las deudas.

469. Según los términos del art. 1,409, núm. 3, «la comunidad se compone pasivamente de los réditos de las solas rentas ó deudas pasivas que son personales á los esposos.» ¿Qué se entiende aquí por deudas *personales* á los cónyuges? Esta expresión tiene dos sentidos diferentes. Hay deudas que quedan propias á los esposos, sea que no entren en la comunidad, sea que entren en ella á reserva de compensación; en este sentido son *personales* á los esposos; la palabra *personal* es, pues, sinónima de propias; se emplea en el mismo sentido cuando se trata del patrimonio propio de

1 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 136, núm. 61 *bis*.

los esposos; es así como el art. 1,413 habla de los *bienes personales* de la mujer para indicar los bienes que le son *propios*. La expresión de deudas *personales* designa también las deudas que cada esposo contrae personalmente. En la disolución de la comunidad, las deudas que componen el pasivo se reparten por mitad, pero cada uno de los esposos queda obligado para con los acreedores por el total de las deudas que ha contraído, deudas de que es deudor personal; la ley las llama *deudas personales* al marido ó á la mujer (art. 1,485). Esta significación de la expresión *deudas personales* es extraña al art. 1,409, núm. 3. En esta disposición se trata únicamente de saber si la comunidad debe soportar los intereses de las deudas que han quedado propias á los esposos. Cuando una deuda entra en la comunidad por el capital, se entiende que también entra en ella por los intereses. Si la deuda queda propia al esposo por el capital, ¿por qué la comunidad soportaría no obstante los intereses? La razón está en que los intereses de las deudas se pagan con el producto de los bienes; y es la comunidad la que goza de todos los frutos, productos é intereses, de cualquiera naturaleza que sean, proviniendo de los bienes propios del marido ó de la mujer. La comunidad, recibiendo los intereses activos, debe también soportar los intereses pasivos. (1)

470. Queda por saber cuáles deudas son propias á los esposos. Estas son desde luego las deudas que no están en el pasivo de la comunidad, ni siquiera para los acreedores; de manera que la comunidad no puede ser demandada por estas deudas y no puede estar obligada á pagarlas. Hay deudas que, en este sentido, quedan propias al marido y á la mujer: tales son las deudas inmobiliares anteriores al matrimonio, y de las que volveremos á hablar; tales son tam-

1 Pothier, *De la comunidad*, núm. 247. Toullier, t. VI, 2, pág. 207, número 214, decide lo que no es dudoso, que el art. 1,409, núm. 3, se aplica á los réditos de las rentas vitalicias (Bruselas, 3 de Noviembre de 1870, *Pasicrisia* 1871, 2, 207).

una donación como las que resultan de una sucesión.» Por donación la ley entiende no sólo las donaciones entre vivos, pero también los legados que, en derecho, están comprendidos bajo el nombre de donaciones. Se trata naturalmente de las donaciones y legados que por su naturaleza obligan al donatario y al legatario al pago de las deudas del donante ó testador; es, pues, preciso que los legados sean universales ó á título universal; cuanto á las donaciones, sólo las que se hacen por contrato de matrimonio son asimiladas por la ley á las sucesiones cuando comprenden los bienes que el donante dejara á su muerte; se les llama instituciones contractuales. Transladamos para los principios al título de las *Donaciones y Testamentos*.

Se ha hecho notar que la hipótesis del art. 1,413 sólo se realiza en materia de donaciones. Las sucesiones enteramente inmobiliares sólo existen en teoría, mientras que una donación ó un legado puede no comprender más que los inmuebles del disponente. Aun así son raras estas disposiciones. (1)

§ V.—De los cargos usufructuarios.

Núm. 1. Intereses de las deudas.

469. Según los términos del art. 1,409, núm. 3, «la comunidad se compone pasivamente de los réditos de las solas rentas ó deudas pasivas que son personales á los esposos.» ¿Qué se entiende aquí por deudas *personales* á los cónyuges? Esta expresión tiene dos sentidos diferentes. Hay deudas que quedan propias á los esposos, sea que no entren en la comunidad, sea que entren en ella á reserva de compensación; en este sentido son *personales* á los esposos; la palabra *personal* es, pues, sinónima de propias; se emplea en el mismo sentido cuando se trata del patrimonio propio de

1 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 136, núm. 61 *bis*.

los esposos; es así como el art. 1,413 habla de los *bienes personales* de la mujer para indicar los bienes que le son *propios*. La expresión de deudas *personales* designa también las deudas que cada esposo contrae personalmente. En la disolución de la comunidad, las deudas que componen el pasivo se reparten por mitad, pero cada uno de los esposos queda obligado para con los acreedores por el total de las deudas que ha contraído, deudas de que es deudor personal; la ley las llama *deudas personales* al marido ó á la mujer (art. 1,485). Esta significación de la expresión *deudas personales* es extraña al art. 1,409, núm. 3. En esta disposición se trata únicamente de saber si la comunidad debe soportar los intereses de las deudas que han quedado propias á los esposos. Cuando una deuda entra en la comunidad por el capital, se entiende que también entra en ella por los intereses. Si la deuda queda propia al esposo por el capital, ¿por qué la comunidad soportaría no obstante los intereses? La razón está en que los intereses de las deudas se pagan con el producto de los bienes; y es la comunidad la que goza de todos los frutos, productos é intereses, de cualquiera naturaleza que sean, proviniendo de los bienes propios del marido ó de la mujer. La comunidad, recibiendo los intereses activos, debe también soportar los intereses pasivos. (1)

470. Queda por saber cuáles deudas son propias á los esposos. Estas son desde luego las deudas que no están en el pasivo de la comunidad, ni siquiera para los acreedores; de manera que la comunidad no puede ser demandada por estas deudas y no puede estar obligada á pagarlas. Hay deudas que, en este sentido, quedan propias al marido y á la mujer: tales son las deudas inmobiliares anteriores al matrimonio, y de las que volveremos á hablar; tales son tam-

1 Pothier, *De la comunidad*, núm. 247. Toullier, t. VI, 2, pág. 207, número 214, decide lo que no es dudoso, que el art. 1,409, núm. 3, se aplica á los réditos de las rentas vitalicias (Bruselas, 3 de Noviembre de 1870, *Pasicrisia* 1871, 2, 207).

bién las deudas que tienen los propios de los esposos, sin que los esposos sean deudores de ellas (núm. 406). Estas deudas son las únicas que están excluidas de la comunidad en cuanto al marido; si las deudas fueron contraídas durante el matrimonio, se aplica el principio que toda deuda del marido es deuda de la comunidad. No pasa así con la mujer. Sus deudas, aunque muebles, pero teniendo fecha anterior al matrimonio, están excluidas del pasivo de la comunidad cuando la fecha no es segura. Las multas impuestas al marido por delitos criminales entran en el pasivo de la comunidad á reserva de recompensa, mientras que las impuestas á la mujer no entran en ella, le quedan propias. Las deudas de las sucesiones mobiliares vencidas al marido caen en el pasivo de la comunidad con relación á los acreedores, á reserva de recompensa; las deudas de las sucesiones inmobiliares de la mujer no pueden ser perseguidas contra la comunidad, aunque la mujer haya aceptado con autorización de su marido. Lo mismo sucede con las deudas que la mujer contrae con autorización de justicia; no entran, en general, en el pasivo.

471. Hay un gran número de deudas que entran en el pasivo de la comunidad para con los acreedores, pero cuando la comunidad paga tiene recompensa contra el esposo que debe soportarlas. Esta compensación sólo versa sobre el capital, teniendo la comunidad á su cargo los intereses. Hemos visto ejemplo de ello. Tales son las deudas muebles anteriores al matrimonio que son relativas á inmuebles propios de uno de los esposos (art. 1,409, núm. 1). Tales son también las deudas que gravan á las sucesiones inmobiliares, vencidas al marido. (1) Cuanto á las deudas á las que la comunidad sólo está obligada á reserva de compensación, no debe distinguirse entre el marido y la mujer; el principio de las compensaciones se aplica á ambos esposos. Volveremos á este punto al tratar de las operaciones preliminares á la partición.

1 Durantón, t. XIV, pág. 358, núm. 256. Toullier, t. VI, 2, pág. 209, número 215.

Núm. 2. De las reparaciones usufructuarias.

472. Según el núm. 4 del art. 1,409, la comunidad se compone pasivamente «de las reparaciones usufructuarias de los inmuebles que no entran en la comunidad.» La redacción de la ley es demasiado restrictiva; debe decirse que la comunidad está obligada á los cargos que pesan en el usufructuario. Tiene el goce de todos los frutos de los bienes que pertenecen á los esposos y les quedan propios, en este sentido es usufructuario, y aquel que tiene los frutos debe soportar los cargos que á ellos se hagan. Y el usufructuario está obligado no sólo á las reparaciones (art. 605) sino también á todos los cargos anuales de la herencia, tales como las contribuciones (art. 608); debe contribuir al pago de las deudas, cuanto á los intereses, cuando el usufructuario, como el de la comunidad, es universal (art. 612); está obligado á los gastos de procesos que se refieren al goce (art. 613). El art. 1,409, núm. 4, no es, pues, sino un ejemplo, no es una disposición restrictiva. No hay ninguna duda en este punto. (1)

473. ¿Qué se entiende por *reparación usufructuaria?* En el título del *Usufructo* el Código distingue reparación de mantenimiento y las grandes reparaciones: el usufructuario está obligado á las primeras, las otras están á cargo del propietario (art. 605); el art. 606 enumera las grandes reparaciones; todas las demás son de mantenimiento. Transladamos á lo que fué dicho acerca de esta distinción en el título del *Usufructo.*

El art. 605, que establece el principio de esta materia, le

1 Aubry y Rau, t. V, pág. 324 y nota 38, pfo. 508. Colmet de Santerre, tomo VI, pág. 114, núm. 42 *bis* II.

agrega una excepcion: el usufructuario está obligado á las grandes reparaciones, cuando están motivadas por la falta de las reparaciones menos desde la abertura del usufructo. Esta disposición recibe su aplicación, la comunidad. Debe distinguir si se trata de un propio de la mujer ó de un propio del marido. Si la falta de reparaciones de mantenimiento necesitó una gran reparación en una casa de la mujer, la comunidad está obligada á ella y también debe soportarla; es decir, que no tiene derecho por este punto, á ninguna compensación: ésta es una deuda del marido quien tiene el goce de los bienes de la mujer, y toda deuda del marido es deuda de la comunidad. Esta sólo tiene derecho á compensación cuando la deuda fué contraída en interés personal de uno de los esposos; las grandes reparaciones, conciernen, es verdad, un propio de la mujer, pero no se puede decir que la deuda haya sido contraída en interés de la mujer: es una compensación que la comunidad le debe, por no haber hecho las reposiciones de mantenimiento, luego ella es quien debe soportar los gastos. Sin embargo, si las grandes reparaciones hechas en los propios de la mujer hubieran dado mayor valor á la finca, la mujer debería compensación; este es nno de los casos previstos por el artículo 1,437. La mujer sólo tiene derecho á que se le compense; desde que sacó un provecho personal de un gasto hecho por la comunidad, ella debe recompensa. En contra, si las grandes reparaciones, hechas necesarias por la falta de pequeñas, no fueren ejecutadas, la mujer tendrá derecho á una indemnización por el menoscabo que el inmueble sufre por culpa del marido. En efecto, se trata de la administración de los bienes de la mujer y la ley declara responsable al marido por todo menoscabo de los bienes personales de la mujer causado por falta de actos conservatorios; y las reposiciones son un acto de conservación (art. 1,428). (1)

1 Durantón, t. XIV, pág. 361, núm. 260. Rodière y Pont, t. II, 144, 850.

Si el marido hubiera descuidado de hacer reposiciones en uno de sus propios y que á consecuencia de esto fueran necesarias grandes reparaciones, ¿quién deberá soportar los gastos? Se decide, con razon, que la comunidad que hizo el gasto tiene derecho á compensación contra el marido. En efecto, es por culpa suya si fueron necesarias grandes reparaciones; la comunidad sólo debió hacer las reposiciones menores de mantenimiento; todo cuanto exceda el monto de estos gastos debe estar á cargo del propietario; en este sentido éste es un provecho que el marido saca de la comunidad, quien anticipó el dinero para estos gastos, luego el marido le debe compensación. ¿Deberá también decirse que el marido tiene derecho á una recompensa, cuando las grandes reparaciones no han sido hechas? Hay un motivo para dudar que ha dado lugar á una controversia. La comunidad estaba obligada á las reposiciones menores y ninguna se hizo, se aventajó, pues, en perjuicio del marido por el monto de dichas reposiciones: ¿no debe concluirse de esto que debe recompensa al marido? Debe decidirse que, en regla general, la comunidad no debe indemnización, porque no aprovecha de la falta de reposiciones: en efecto, si las grandes reposiciones se han hecho necesarias por la falta de las reposiciones pequeñas, el inmueble habrá desmejorado; desde luego, la comunidad pondrá por un lado lo que ganó por el otro. Puede suceder, sin embargo, que apesar de la falta de reposiciones los productos para la comunidad no hayan disminuido, ó que la disminución no esté en proporción con el gasto que dejó de hacer; esto es, pues, una cuestión de hecho; la decisión depende de un cálculo: si el resultado de este cálculo es que la comunidad se aventajó, debe recompensa; si no salió aventajada, no debe ninguna indemnización. (1)

1 Véase en sentido diverso, Durantón, t. XIV, pág. 363, núm. 261. Rodière y Pont, t. II, pág. 145, núm. 851. Marcadé, t. V, pág. 503, núm. 5 del artículo 1,410.

474. Se ha presentado una dificultad en la aplicación de estos principios. El marido hace una reconstrucción en un propio de la mujer sin el concurso de esta última. ¿Es esto un acto de administración que tiene el marido derecho de hacer y que obliga á la mujer á soportar los gastos? Reconstruir una casa arruinada es una gran reparación. El marido debe hacer las grandes reparaciones; esto es á la vez que una obligación un derecho. Pero no debe reconstruir, esto es el derecho del propietario. Si, pues, el marido reconstruye, no se puede decir que obra como administrador ó como mandatario; no hay mandato legal, y suponemos que no lo hay convencional. Se pregunta si la mujer debe soportar la integralidad del gasto. En teoría, hay muchas distinciones que hacer. Hay que ver si la ruina de la casa ha sido ocasionada por la falta de reposiciones; debiera tenerse en cuenta, en este caso, la pérdida sufrida por la mujer y la indemnización que debe pagarle la comunidad. Hacemos á un lado estas distinciones, no se hicieron en el caso que la Corte de Casación ha sentenciado. La mujer no contestaba ser deudora por el monto de la mejora que su fundo adquirió por la reconstrucción, pero sostenía que era deudora hacia la comunidad; y como á la vez era acreedora, oponía la compensación. El acreedor de los trabajos, al contrario, pretendía que los obreros tenían una acción directa contra la mujer y que ésta no podía oponerles en compensación lo que la comunidad, es decir, el marido, le debía. El tribunal del Sena resolvió en favor de los obreros. En apelación, la decisión fué confirmada. Los obreros, dice la Corte de París, no han tratado con la mujer, han tratado con el marido; no tienen, pues, acción contra la mujer. ¿Se dirá que hubo gestión de negocios? La sentencia contesta que los obreros no han girado ni pretendido girar los negocios de la mujer. El marido obró como administrador de sus bienes; si se excedió en sus poderes al reconstruir, procuró, sin embargo, una mejora al

propio de su mujer por los trabajos. Hay, pues, gestión de negocios, por parte del marido; la mujer es deudora suya en virtud de un cuasicontrato, pero no hay ninguna liga de obligación entre ella y los obreros, los que han tratado con el marido. En el recurso de los obreros, la sentencia fué casada. La Corte de Casación dice: del hecho de los trabajos ha resultado entre los obreros y la mujer un cuasicontrato de gestión de negocios; de donde resulta que los obreros son acreedores personales de la mujer. Esto nos parece muy dudoso. Para que haya gestión de negocios no basta que haya trabajos, es menester que aquel que los ejecutó haya entendido obligar al dueño; y en el caso, existía un contrato entre el marido y los obreros; es con el marido con quien habían tratado éstos, es contra el que tenían acción; no habían pensado en tratar con la mujer; desde luego, no había cuasicontrato de gestión de negocios. (1)

§ VI.—De los cargos del matrimonio.

475. Según el núm. 5 del art. 1,409, la comunidad se compone pasivamente «de los alimentos de los esposos, de la la educación y manutención de los hijos y de todos los demás cargos del matrimonio.» ¿Cuáles son los cargos del matrimonio? Estas cuestiones pertenecen al título *Del Matrimonio*, al que transladamos al lector.

476. Se presentan algunas dificultades cuanto á los gastos de educacación y manutención de los hijos. Se pregunta si la comunidad está obligada á estos gastos cuando se trata de hijos del primer matrimonio. La afirmativa nos parece segura, pero debe verse cuáles son los motivos para decidirlo así. Fué sentenciado que la obligación de la comunidad está fundada en el núm. 5 del art. 1409, el que, dice la Corte, no distingue entre los hijos del primer matrimo-

1 Casación, 14 de Junio de 1820, después de deliberación (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 1,303).

nio y los hijos comunes. (1) Mala razón, en nuestro concepto, y las malas razones comprometen á las buenas causas. El texto habla de los alimentos de los *esposos* y de los cargos del *matrimonio*; entre estos cargos, comprende á la educación y manutención de los hijos; se trata, pues, de obligaciones naciendo del matrimonio, y, por consecuencia, de los hijos comunes. ¿Quiere esto decir que la comunidad no deba soportar los gastos de educación y manutención de los hijos del primer matrimonio? Nó, pero la obligación le viene en virtud de otro principio. Según el núm. 1 del art. 1,409, las deudas mobiliares de cada uno de los esposos, anteriores al matrimonio, entran en la comunidad; y el esposo que se casa, debe los alimentos y educación de sus hijos; esta deuda es mobiliar y cae, pues, en la comunidad. ¿Entra en ella sin compensación? Sí, en principio. No há lugar á compensación, según el art. 1,409, núm. 1, más que para las deudas relativas á los inmuebles propios de uno de los esposos. Y el art. 1,437 que sienta el principio general concerniente á las recompensas, dice que los esposos deben una indemnización á la comunidad cuando sacan de ella un provecho personal. Y el provecho que el esposo saca del pago de los gastos de manutención y educación, no es ya un provecho personal como no lo es el pago de cualquiera otra deuda.

Pothier admite el princioio pero con una restricción. Si los hijos de un primer matrimonio tienen rentas suficientes para subvenir á sus gastos, la comunidad no debe cargar con ellos, el gasto debe ser tomado de las rentas de los hijos; de manera que si la comunidad paga, tendrá derecho á una compensación. Pero, continúa Pothier, si los hijos no tienen rentas, los gastos de manutención y educación son una deuda natural de su padre ó de su madre con la que la comunidad debe cargar, puesto que todas las deudas mobiliares de los

1 Caen, 29 de Marzo de 1844 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 1,104). Compárese Dijón, 2 de Julio de 1868 (Dalloz, 1869, 2, 91).

esposos entran en ella. (1) ¿La decisión de Pothier no es demasiado absoluta? Cuando el hijo tiene bienes, el padre tiene el goce de ellos y lo conserva al casarse; uno de los cargos de este goce legal es la manutención y educación de los hijos según su fortuna (art. 385, núm. 2). La comunidad teniendo las rentas de los hijos, debe soportar los cargos que se ligan á ellos; sólo después de la edad de dieciocho años los hijos deben percibir sus rentas; entonces puede decirse con Pothier que quedando el padre descargado de sus obligaciones, la comunidad cesa de estar obligada. Cuanto á la madre, pierde el usufructo legal en el caso de un segundo matrimonio (art. 386); es justo que el hijo que tiene rentas las emplee en sus necesidades. Si de hecho la comunidad goza de las rentas de los hijos ¿quedaría obligada á soportar los gastos de manutención y educación de los hijos? La afirmativa fué sentenciada. (2) Esto es verdad, pero en este sentido: que hay lugar á recompensa respectiva; la comunidad debe dar cuenta de las rentas que ha percibido sin tener derecho en ellas, y el hijo debe reembolsar á ésta los gastos que están á su cargo.

477. Cuanto á los hijos naturales, hay que distinguir. Si fueron reconocidos antes del matrimonio, se aplican los principios que acabamos de exponer. El padre debe alimentos y educación al hijo natural tanto como al hijo legítimo. Esta deuda es anterior al matrimonio, luego entra en la comunidad. A no ser que el hijo natural tenga bienes, debe en este caso subvenir á sus necesidades; la comunidad no tiene el goce de los bienes del hijo natural, puesto que el padre no tiene el usufructo legal; si de hecho goza de los bienes del hijo natural, debería compensación por este punto, á re-

1 Pothier, *De la comunidad*, núm. 270. En el mismo sentido, los autores modernos: Taullier, t. VI, 2, pág. 262, núm. 298. Durantón, t. XIV, pág. 364, número 262. Rodière y Pont, t. II, pág. 145, núm. 853. Troplong, t. I, pág. 251, núm. 759, hace bonitas frases, según su costumbre.

2 Bruselas, 19 de Mayo de 1827 (*Pasicrisia*, 1827, pág. 184).

serva de deducir los gastos de manutención y educación que hubiese pagado. (1)

Si el reconocimiento tuvo lugar durante el matrimonio, la deuda de alimento queda á cargo personal del padre ó de la madre. Esta es la aplicación del art. 337, según el cual «el reconocimiento hecho durante el matrimonio por uno de los esposos, en provecho de un hijo natural que hubiese tenido antes de su matrimonio con otro que no fuera su cónyuge, no perjudica á este último.» El hijo natural sólo tiene derecho en los bienes personales del padre ó de la madre que lo reconoció, y no tiene ningún derecho contra la comunidad, puesto que esta acción perjudicaría al otro cónyuge. Se ha objetado que el germen y el principio de la deuda existían anteriormente al matrimonio y que, por consiguiente, está comprendido en las deudas que caen en la comunidad, según el art. 1,409, núm. 1. (2) El argumento sería decisivo si no fuera por el art. 337; el reconocimiento de un hijo natural es siempre la confesión de una obligación anterior al matrimonio, pero la ley no quiere que esta confesión perjudique al cónyuge.

La aplicación del art. 337 á la comunidad da lugar á otra dificultad. Se supone que el reconocimiento ha tenido lugar por vía de pesquisas, fué forzado: ¿será el caso de aplicar el art. 337? La cuestión está controvertida; la hemos decidido negativamente en el título de la *Filiación*; la jurisprudencia es contraria (t. IV, núm. 130).

478. ¿Debe también comprender entre los *cargos* del matrimonio, los gastos originados por el entredicho del marido? La Corte de Rouen ha decidido la cuestión afirmativamente. Parte del principio que las enfermedades físicas intelectuales de los esposos entran en los términos generales del art. 1,409. La Corte quiere decir, sin duda, que los

1 Dijón, 2 de Julio de 1868 (Dalloz, 1869, 2, 91).
2 París, 9 de Marzo de 1860 (Dalloz, 1860, 2, 148). La sentencia fué casada. Casación, 16 de Diciembre de 1861 (Dalloz, 1862, 1, 39).

gastos de las enfermedades son un cargo común, porque, según el art. 212, los esposos se deben mutuamente socorro y asistencia. Esta manera de considerar al entredicho no es exacta; no tiene por objeto aliviar al enfermo, para esto basta colocarlo en un hospicio ó casa de salud. El objeto del entredicho es resguardar los intereses pecuniarios de la persona enajenada y de los de su familia. Con este título, el entredicho interesa en alto grado á la comunidad; el marido es el jefe de ella, dispone de los bienes como señor y dueño; si sus facultades intelectuales están alteradas, importa que esté puesto en entredicho, con el fin de que no arruine á su mujer y á sus hijos con actos de locura. ¿La comunidad tendrá derecho á una compensación, por este punto? Nó; se debe compensación cuando el esposo saca provecho personal de los bienes de la comunidad. Y no se puede decir que el entredicho se haga en el interés exclusivo de uno de los esposos, se hace por interés de ambos cónyuges y por los hijos; los gastos constituyen, pues, un cargo de la comunidad. (1)

Cuanto á los gastos de enfermedades no hay ninguna duda. Aquí el art. 212 recibe aplicación: el primer deber de los esposos es cuidar de la vida y de la salud de cada uno de ellos; es un deber de matrimonio; por lo tanto, un cargo de la comunidad. Troplong tiene razón en decir que es de extrañar que una verdad tan evidente haya podido ser desconocida en la práctica. (2)

479. No debe extenderse á los gastos de funerales lo que acabamos de decir de los gastos de enfermedades. Pothier hace notar que los gastos de funerales del cónyuge difunto no están á cargo de la comunidad, la sucesión del difunto está obligada á hacerlos. La razón es que estos gastos se hacen después de la muerte, entonces no hay ya comunidad.

1 Rouen, 30 de Junio de 1871 (Dalloz, 1872, 5, 93, núm. 12).
2 Troplong, t. I, pág. 251, núm. 762. Bastia, 26 de Febrero de 1840 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 1,107).

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

Varias costumbres tenían de esto una disposición expresa; el Código sigue el mismo principio aplicándolo al único punto que pudiera ser dudoso: el luto de la mujer, aun cuando renuncia, se hace á costas de los herederos del marido difunto; volveremos á ocuparnos del art. 1,481. (1)

§ VII.—De los gastos de cédulas de inventario y de partición.

480. Después de haber dicho que las deudas de la comunidad están por mitad á cargo de cada esposo, el art. 1,482 agrega: "Los gastos de cédula, inventario, venta de muebles, liquidación, licitación y partición, hacen parte de estas deudas." Es verdad que estos gastos se hacen después de la disolución de la comunidad, pero como interesan á título igual á ambos esposos, deben estar á cargo de la masa. Esto no es dudoso cuando la masa se reparte como lo supone el art. 1,482; es un principio general que los gastos necesitados para la liquidación de una masa dividible son á cargo de la masa. Si la mujer renuncia ya no hay gastos de partición, pero hay todavía gastos de cédulas y de inventarios, gastos para la liquidación de las recompensas de la mujer contra la comunidad, y de ésta contra la mujer. ¿Estarán estos gastos á cargo de la comunidad; es decir, del marido, que guarda todos los bienes en caso de renuncia? La ley no lo dice, el art. 1,482 no es aplicable á la renuncia. Sin embargo, no es dudoso que estos gastos deban ser soportados por la comunidad. La mujer tiene derecho de hacer inventario, tiene derecho de ejercer sus recompensas; aun esto es una obligación para la viuda, el hacer un inventario sin distinguir si acepta ó renuncia; puesto que es como mujer común como hace estos gastos, resulta que deben ser soportados por la comunidad. La doctrina y la jurisprudencia están en este sentido. (1) La Corte de Bruselas invoca el art. 1,494 que decide implícitamente la cuestión: (2) descarga á la mujer renunciante de toda contribución á las deudas de la comunidad; por consiguiente, de los gastos de cédulas, inventario y liquidación, puesto que estos gastos están reputados deudas de la comunidad, en virtud del artículo 1,482.

1 Pothier, *De la comunidad*, núm. 275.

ARTICULO 2.—De las deudas que no entran en el pasivo de la comunidad.

§ 1°.—De las deudas propias de los esposos.

481. Entendemos por deudas propias de los esposos las que no entran en la comunidad ni siquiera para con los acreedores; de manera que éstos no tienen acción sino en los bienes personales de los esposos. Hemos enumerado estos bienes más atrás (núm. 470). Aquí sólo trataremos de aquellas deudas que dan lugar á dificultad, y de las que se habla en el capítulo de la *Administración de la Comunidad.*

Núm. 1. Deudas inmuebles anteriores al matrimonio.

482. El Código no habla de las deudas inmobiliares, pero las excluye implícitamente de la comunidad, diciendo que se compone pasivamente de las deudas *mobiliares* de que eran deudores los esposos antes de la celebración del matrimonio. Este argumento sacado del silencio de la ley no puede tener otro sentido cuando se le confronta con la tradición. En el derecho antiguo las deudas inmobiliares quedaban propias de los esposos, como su activo inmobiliar les quedaba propio. Pothier dice que los cónyuges quedan únicamente obligados á ellas. (3) Y el Código ha seguido en es-

1 Aubry y Rau, t. V, pág. 324, y nota 43, pfo. 508.
2 Bruselas, 21 de Marzo de 1871 (*Pasicrisia*, 1871, 2, 441).
3 Pothier, *De la comunidad*, núm. 243.

Varias costumbres tenían de esto una disposición expresa; el Código sigue el mismo principio aplicándolo al único punto que pudiera ser dudoso: el luto de la mujer, aun cuando renuncia, se hace á costas de los herederos del marido difunto; volveremos á ocuparnos del art. 1,481. (1)

§ VII.—De los gastos de cédulas de inventario y de partición.

480. Después de haber dicho que las deudas de la comunidad están por mitad á cargo de cada esposo, el art. 1,482 agrega: "Los gastos de cédula, inventario, venta de muebles, liquidación, licitación y partición, hacen parte de estas deudas." Es verdad que estos gastos se hacen después de la disolución de la comunidad, pero como interesan á título igual á ambos esposos, deben estar á cargo de la masa. Esto no es dudoso cuando la masa se reparte como lo supone el art. 1,482; es un principio general que los gastos necesitados para la liquidación de una masa dividible son á cargo de la masa. Si la mujer renuncia ya no hay gastos de partición, pero hay todavía gastos de cédulas y de inventarios, gastos para la liquidación de las recompensas de la mujer contra la comunidad, y de ésta contra la mujer. ¿Estarán estos gastos á cargo de la comunidad; es decir, del marido, que guarda todos los bienes en caso de renuncia? La ley no lo dice, el art. 1,482 no es aplicable á la renuncia. Sin embargo, no es dudoso que estos gastos deban ser soportados por la comunidad. La mujer tiene derecho de hacer inventario, tiene derecho de ejercer sus recompensas; aun esto es una obligación para la viuda, el hacer un inventario sin distinguir si acepta ó renuncia; puesto que es como mujer común como hace estos gastos, resulta que deben ser soportados por la comunidad. La doctrina y la jurisprudencia están en este sentido. (1) La Corte de Bruselas invoca el art. 1,494 que decide implícitamente la cuestión: (2) descarga á la mujer renunciante de toda contribución á las deudas de la comunidad; por consiguiente, de los gastos de cédulas, inventario y liquidación, puesto que estos gastos están reputados deudas de la comunidad, en virtud del artículo 1,482.

1 Pothier, *De la comunidad*, núm. 275.

ARTICULO 2.—De las deudas que no entran en el pasivo de la comunidad.

§ 1°.—De las deudas propias de los esposos.

481. Entendemos por deudas propias de los esposos las que no entran en la comunidad ni siquiera para con los acreedores; de manera que éstos no tienen acción sino en los bienes personales de los esposos. Hemos enumerado estos bienes más atrás (núm. 470). Aquí sólo trataremos de aquellas deudas que dan lugar á dificultad, y de las que se habla en el capítulo de la *Administración de la Comunidad.*

Núm. 1. Deudas inmuebles anteriores al matrimonio.

482. El Código no habla de las deudas inmobiliares, pero las excluye implícitamente de la comunidad, diciendo que se compone pasivamente de las deudas *mobiliares* de que eran deudores los esposos antes de la celebración del matrimonio. Este argumento sacado del silencio de la ley no puede tener otro sentido cuando se le confronta con la tradición. En el derecho antiguo las deudas inmobiliares quedaban propias de los esposos, como su activo inmobiliar les quedaba propio. Pothier dice que los cónyuges quedan únicamente obligados á ellas. (3) Y el Código ha seguido en es-

1 Aubry y Rau, t. V, pág. 324, y nota 43, pfo. 508.
2 Bruselas, 21 de Marzo de 1871 (*Pasicrisia*, 1871, 2, 441).
3 Pothier, *De la comunidad*, núm. 243.

ta materia á la tradición, demasiado servilmente quizá: excluye también de la comunidad á los inmuebles; debía, pues, en el sistema tradicional, haber excluido á las deudas inmobiliares. Hemos dicho en otro lugar la anomalía que resulta. En el derecho moderno ya no hay casi nada de deudas inmobiliares; la noción misma de las deudas está controvertida, de manera que no se sabe cuáles deudas están excluidas de la comunidad. Pero estas cuestiones sólo se tratan en la escuela, la práctica las ignora; prueba que las deudas inmobiliares sólo existen en teoría.

I. Cuáles deudas son inmobiliares.

483. El Código no define las deudas inmuebles. De esto, una gran incertidumbre en la doctrina; los autores no están acordes en la definición, es imposible que puedan entenderse en deudas que están excluidas de la comunidad á título de deudas inmobiliares. Hemos dicho en otro lugar que las acciones inmobiliares, en nuestro concepto, son las que tienden á adquirir la propiedad de un inmueble (t. V, número 490). Se debe aplicar la misma definición á las deudas: son inmobiliares cuando tienen por objeto la transmisión de la propiedad de un inmueble. Hay correlación entre el crédito y la deuda: cuando el crédito es inmueble, la deuda debe tener la misma naturaleza; no se podría concebir que el acreedor tuviera un derecho inmobiliar y que el deudor tuviera una obligación mueble. Queda por ver si tal teoría es la del Código. No diciendo nada el texto, tenemos que remontarnos á la tradición. En esta materia, el derecho antiguo es decisivo, salvo á tener en cuenta la innovación que se ha hecho en lo que se refiere á la translación de la propiedad.

484. Pothier no define las deudas inmobliares y se limita á dar ejemplos que no dejan ninguna duda acerca de su pensamiento. Antes de mi casamiento vendo un inmueble

sin poner al comprador en posesión; permanezco sólo obligado á la deuda de esta heredad hacia el comprador; no es una deuda de la comunidad en la que la heredad no ha entrado. (1) La deuda del vendedor es inmobiliar, porque es la deuda de un inmueble, deuda que la comunidad no puede pagar porque no es propietaria. Es, pues, preciso ser propietario para pagar la deuda de un inmueble, porque la deuda consiste en transmitir la propiedad de un inmueble. ¿Por qué supone Pothier que el comprador no ha sido puesto en posesión? Porque en el derecho antiguo la propiedad se transmitía por tradición. Luego cuando la propiedad se transfiere, la deuda del vendedor deja de ser inmobiliar. En derecho moderno, la propiedad se transfiere por efecto del contrato; desde luego la deuda está pagada. ¿A qué más está obligado el vendedor? Debe hacer la entrega del inmueble. ¿Es esta una deuda inmobiliar? Lo era en el antiguno derecho, porque la translación de la propiedad sólo se hacía por la tradición; no lo es ya hoy día, porque en entrega no es translativo de propiedad. Este argumento que nos ministra el derecho antiguo, está también en armonía con los principios. La obligación es correlativa al derecho. ¿En qué consiste el derecho del comprador contra el vendedor? ¿Tiende á obtener la propiedad de un inmueble? Nó, pues es propietario. Luego la obligación de entregar no es una obligación de dar, es una obligación de hacer, y la obligación de hacer es mueble (núm. 405). Nuestra conclusión es que toda obligación de *dar* un inmueble es inmobiliar, porque tiene por objeto la translación de la propiedad del inmueble y que la obligación de entregar un inmueble es mobiliar, porque tiene por objeto un hecho. (2)

La opinión contraria está generalmente enseñada. Se sienta en principio que la obligación de entregar un inmue-

1 Pothier, *De la comunidad*, núm. 243.
2 Mourlón, t. III, pág. 31, núm. 77. Colmet de Santerre, t. VI, pág. 101, núm. 41 *bis* III.

ble que se posee es una deuda inmobiliar. (1) Esto supone que la translación de la posesión de un inmueble constituye una deuda inmobiliar. Puede sostenerse así, porque el Código no define la deuda inmobiliar; pero es seguro que esta opinión no era la de Pothier, y nos parece también seguro que está en oposición con los principios. Debe oírse lo que dicen, acerca de este punto, los partidarios de la opinión contraria. Rodière y Pont reproducen el pasaje de Pothier que acabamos de citar, y sacan de él una conclusión enteramente contraria. Pothier dice que la obligación del vendedor de poner al comprador en posesión del inmueble, es una deuda inmobiliar. Esto es incontestable, se dice, hoy sobre todo que la venta es translativa por sí. Puede haber sido consentida por uno de los esposos antes del matrimonio con obligacion de entregar el inmueble más tarde; obligación no cumplida en el momento que se contrae matrimonio. En este caso, es á la solución de Pothier á la que debe uno apegarse; siendo inmobiliar en sí la obligación, la comunidad no puede estar obligada por ella; y aunque el esposo vendedor viniera á ser condenado á daños y perjuicios por mora en la entrega, la comunidad no estaría más obligada por ellos que para la obligación principal de la que serían el accesorio. (2) Contestaremos primero que se aplica la solución de Pothier á un caso muy diferente; la obligación de que habla Pothier consiste en transferir la propiedad de un inmueble; la obligación en derecho moderno tiene por objeto hacer su entrega. Después, diciendo que la comunidad no está obligada á los daños y perjuicios por la mora en la entrega, porque esta es una obligación accesoria de una obligación principal que es inmobiliar, se olvida que la obligación de entregar es una deuda que sólo consiste en hacer y

1 Aubry y Rau, t. V, pág. 318, nota 1, pfo. 508 (4.ª edición).
2 Rodière y Pont, t. II, pág. 21, núm. 722. En el mismo sentido, Troplong, t. I, pág. 243, núm. 715.

que, por consiguiente, es mueble. ¿Qué es lo que el comprador reclama contra el vendedor? ¿El inmueble? Nó; es propietario de él, y con esta calidad puede embargarlo en mano de cualquiera detentador. ¿De qué se trata, pues? De daños y perjuicios por la mora que el vendedor apresta para entregar la cosa, lo que es una deuda mueble.

Odier da otra definición de la deuda inmobiliar y, por lo tanto, llega á una consecuencia enteramente diferente. Confiesa que la obligación de entregar es una obligación de hacer; pero, dice, el hecho que es objeto de la obligación se resuelve directa y principalmente en una cosa inmobiliar y, por consiguiente, la obligación de prestar es inmobiliar. (1) ¿Es verdad que la obligación del vendedor, cuando la propiedad es transferida, consiste esencialmente en una cosa inmobiliar? Odier confunde la acción en reivindicación y la acción de entrega. Hay que dejar á un lado la reivindicación; promover en reivindicación no es promover en virtud de un contrato, es promover en virtud de un derecho real. Se trata de la naturaleza de una deuda contraída por el vendedor, deuda nacida de un contrato; la acción de entrega nada tiene de común con la de reivindicación. Cuando el comprador promueve por entrega, pide que el vendedor esté sentenciado á daños y perjuicios por no haber entregado el inmueble; su acción tiene, pues, directamente por objeto una suma de dinero.

485. Lo que decimos de la obligación del vendedor de un inmueble se aplica, á la letra, á la obligación de constituir una servidumbre ó una hipoteca en un fundo del que el constituyente es propietario. Los autores deciden que esto es una deuda inmobiliar. (2) En nuestra opinión la deuda cesa de ser inmobiliar desde el momento en que el derecho

1 Odier, t. I, pág. 151, núm. 152.
2 Rodière y Pont, t. II, pág. 21, pfo. 721. Aubry y Rau, t. V, pág. 318, párrafo 508.

real es transferido, y lo está en virtud del contrato; no se trata, pues, de una obligación teniendo por objeto el establecimiento de un derecho inmobiliar; la servidumbre, la hipoteca existen; por consiguiente, no hay ya obligación, está cumplida cuanto al deudor que constituye una hipoteca; esto es seguro. La hipoteca existe en virtud del contrato; no hay tradición que hacer, puesto que el acreedor no ejerce ningún derecho en el inmueble; el deudor sólo tiene un desmembramiento de su propiedad, es decir, que nada puede hacer que altere ó debilite el derecho de su acreedor hipotecario; no es esta una deuda inmobiliar. Si se trata del establecimiento de una servidumbre, la servidumbre existe por el solo efecto del contrato, el propietario del fundo sirviente sólo está obligado á sufrir ó á no hacer; semejante obligación no es seguramente inmobiliar. En materia de servidumbres, puede decirse que el constituyente está obligado á hacer una cuasitradición. Se debe aplicar á esta cuasitradición lo que acabamos de decir de la entrega á la que el vendedor está obligado (núm. 484).

486. ¿Cuándo, pues, habrá deuda inmobiliar, por razón de la obligación de transferir la propiedad de un inmueble ó de un derecho real inmobiliar? Contestamos á la cuestión presentándola. En el derecho moderno, la propiedad está transferida por el solo efecto del contrato, pero con una condición, es que se trata de una cosa determinada. Si la cosa es indeterminada ó si hay algo de indeterminado en la constitución del derecho real, la transmisión no se opera por el solo efecto del contrato; por consiguiente, el deudor está obligado á transferir la propiedad de un inmueble ó á constituir un derecho real inmobiliar; su deuda es, pues, inmobiliar. En este punto el derecho moderno no difiere del antiguo. Pothier da el ejemplo siguiente: Mi padre, que no tenía viñedo, legó á Pedro un acre de viñedo en los buenos terrenos de la provincia. Este legado, del que soy deudor,

como heredero de mi padre, es la deuda de un inmueble indeterminado. Si durante el matrimonio compro un acre de viñedo para entregarlo á Pedro, esta deuda no estará á cargo de la comunidad. (1) La deuda no es inmobiliar porque tiene por objeto la transmisión de la propiedad de un inmueble. El acreedor no se ha hecho propietario de la cosa en virtud de su crédito, porque el objeto debido no es un cuerpo seguro; luego el deudor queda obligado á *dar* un inmueble en el sentido legal de la palabra; por tanto, su deuda es inmobiliar.

Colmet de Santerre hace notar que este ejemplo que era de pura teoría, puede volverse una realidad en las ciudades en las que el derecho de abrir una nueva calle está concedida á una compañía; lo que arrastra la expropiación por zonas y, por consiguiente, la facultad de disponer de los terrenos colindantes. Puedo comprar á la compañía un corto número de metros cuadrados de terreno lindando en una calle que debe ser trazada. Esto es una promesa ó la deuda de un inmueble indeterminado. (2) En este punto los autores modernos están acordes, excepto el disentimiento de Durantón. (3) Como hay á la vez obligación de transferir la propiedad de un inmueble y la obligación de entregarlo, no puede haber mucha duda. Sin embargo, bueno es oír las objeciones de Durantón para ver cuánta incertidumbre hay en una cuestión que parece ser enteramente elemental.

Durantón pone en principio que cuando la comunidad goza del precio de un inmueble vendido ó de la sucesión de que proviene la deuda, debe también soportar la deuda que consiste en entregar la cosa indeterminada. El principio es muy discutible. Hay que hacer á un lado la hipótesis de una sucesión mobiliar que estuviera gravada con una deuda inmobiliar; pues en la teoría del Código, la comunidad está

1 Pothier, *De la comunidad*, núm. 243.
2 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 102, núm. 41 *bis* III.
3 Aubry y Rau, t. VI, pág. 318, nota 12, pfo. 508.

obligada por todas las deudas aun inmobiliares con que estén gravadas las sucesiones. Cuanto á las circunstancias que la comunidad goza del precio del inmueble indeterminado vendido por uno de los esposos, es indiferente cuando se trata de determinar la naturaleza de la obligación del vendedor: la comunidad goza siempre del precio, lo que no impide que la acción del vendedor sea inmobiliar cuando consiste en la transmisión de un derecho inmobiliar. Es, pues, únicamente la naturaleza de la obligación la que debe considerarse. Esta se resuelve en daños y perjuicios, dice Durantón. Sin duda; si el deudor no quiere entregar el inmueble estará obligado á daños y perjuicios; pero esta obligación no es la principal: el deudor se obliga á *dar* un inmueble; su deuda es, pues, inmobiliar. Durantón objeta el caso siguiente, en el que la deuda, aunque inmobiliar, entra en la comunidad. Vendo sucesivamente un inmueble á Pedro y á Pablo: mi obligación hacia el segundo comprador es inmueble, se dice, y sin embargo la deuda entra en la comunidad. Durantón confunde dos hipótesis muy diferentes. Cuando una compañía cede un terreno indeterminado, su obligación es inmobiliar porque consiste en dar un inmueble y nada le impide llenar esta obligación; mientras que si yo vendo un inmueble que me pertenece, primero á Pedro, y luego á Pablo, vendo al segundo comprador un inmueble que pertenece al primero; esto es la venta de cosa ajena; y según el art. 1,599, esta venta es nula, da sólo lugar á daños y perjuicios en favor del comprador; luego la obligación del vendedor consiste desde el principio en una suma de dinero: es mobiliar y entra naturalmente en la comunidad. Lo mismo sucede en las demás hipótesis que Durantón cita. Uno de los esposos vende una casa perteneciente á Pablo, haciendo veces del propietario; esta deuda es inmobiliar, se dice, y, sin embargo, entra en la comunidad. Nó, es mobiliar, pues el esposo no contrae la obligación de transferir la propiedad de la casa, se obliga á pagar daños y perjuicios á este acreedor si el tercero propietario rehusa vender; luego su deuda consiste en una suma de dinero; por tanto, es mobiliar. Creemos inútil insistir, la confusión nos parece segura. (1)

487. ¿Cuándo es inmobiliar la obligación de construir un derecho real? Se aplica el principio que acabamos de establecer. Desde que hay alguna cosa indeterminada en la promesa, el derecho real no está transferido; por lo tanto, la obligación es inmobiliar. Me obligo á construir una servidumbre de paso en un fundo A ó en un fundo B, á elección del acreedor Mi deuda es inmobiliar, pues consiste en transferir un derecho real inmobiliar. En este punto no pudiera haber duda; en la opinión general, se trata de una obligación de entrega relativa á un inmueble; y, en nuestra opinión, la cuestión es idéntica á la de la transmisión de la propiedad de un inmueble indeterminado.

II. Derecho del acreedor de una deuda inmobiliar.

488. Las deudas inmobiliares anteriores al matrimonio estan excluidas de la comunidad; luego, en principio, el acreedor no tiene acción más que contra el esposo deudor. Esto no es dudoso, pues tal es precisamente la diferencia que existe entre las deudas inmobiliares. Se debe siempre, en esta materia, ocurrir al derecho antiguo, puesto que el Código no habla de las deudas inmobiliares. Renussón dice que estas deudas no entran en la comunidad, estando cada uno de los esposos obligado en sus propios. Sólo que si una de estas deudas fuere pagada por la comunidad, ésta deberá tener compensación. (2)

489. ¿Recibe este principio una excepción para las deudas inmobiliares del marido? Se invoca para la afirmativa otro

1 Durantón, t. XIV, pág. 295, núm. 225.
2 Renussón, *De la comunidad*, I, 10, 16, pág. 188.

principio del régimen de la comunidad. Toda deuda del marido es deuda de la comunidad, luego también las deudas inmobiliares que contrajo antes de su matrimonio. (1) La razón nos parece mala. El pricipio que toda deuda del marido es deuda de la comunidad, significa que el marido, al obligarse, obliga á la comunidad; esto supone deudas contraídas durante al matrimonio, pues no se concibe que el marido, como jefe de la comunidad, obligue á ésta antes que exista. Para las deudas contraídas antes del matrimonio, el marido está en la misma línea que la mujer. Las deudas propias de los esposos no pueden ser perseguidas sino en los bienes que les son propios. Este es el principio de Renussón.

Sin embargo creemos que las deudas inmobiliares del marido pueden ser perseguidas contra la comunidad, según el art. 2,092 (ley hipotecaria, art. 7), el que está obligado personalmente, está obligado á cumplir sus compromisos en *todos sus bienes* muebles ó *inmuebles*, presentes y *futuros*. Luego el marido, al contraer una deuda antes de su matrimonio, obliga sus bienes futuros tanto como sus bienes presentes, todo su patrimonio queda obligado. Y los bienes de la comunidad hacen parte de su patrimonio; el marido no posee dos patrimonios, sólo posee uno, en el que se hallan comprendidos los bienes de la comunidad; luego los acreedores anteriores al matrimonio deben tener acción en los bienes de la comunidad por esto sólo, que tienen acción en todos los bienes del marido: estos son bienes futuros, en el sentido del art. 2,092. El texto es terminante y el espíritu de la ley está en harmonía con el texto. ¿Cuándo nace el derecho del acreedor personal en los bienes del deudor? ¿Es en el momento en que contrae? Nó, es en el momento en que promueve contra él, luego debe tener acción en todos los bienes que el deudor posee en este momento; y, cuando

1 Mourlón, t. III, pág. 34, núm. 86.

el acreedor demanda al marido, este posee á la vez sus bienes personales y los bienes de la comunidad; ambos patrimonios se confunden en sus manos. Esto es verdad de un modo absoluto en lo que se refiere á las actas á título oneroso que hace el marido; y de estos actos es de lo que se trata. Hé aquí por qué toda deuda del marido es deuda de la comunidad, lo mismo que toda deuda de la comunidad es deuda del marido. Donde no hay más que un solo patrimonio, no se concibe que el acreedor no tenga acción sino en una fracción de este patrimonio.

§ II.—De las deudas que entran en la comunidad á reserva de compensación.

490. ¿Cuáles son las deudas que entran en la comunidad á reserva de compensación? Son las deudas mobiliares que, según la regla general, entran en comunidad en este sentido: que ésta debe pagarlas por promoción del acreedor; pero cuando las ha pagado, tiene derecho á una recompensa. ¿Cuándo debe compensación el esposo? Cuando la deuda ha sido contraída en su exclusivo interés. Hemos citado el caso previsto por el Código al tratar del pasivo de la comunidad; completaremos esta mención exponiendo los principios de la comunidad, y volveremos todavía á tratar acerca de la materia de las compensaciones, en el capítulo de la *Partición*.

491. Las deudas que la comunidad debe pagar á reserva de compensación, hacen parte del pasivo de la comunidad; el art. 1,409 lo dice. Resulta que los acreedores de la mujer, tanto como los del marido, pueden perseguir los bienes comunes además de la acción que tienen contra su deudor personal. Esto es una diferencia entre estas deudas y las que la ley excluye del pasivo. Los acreedores de la mujer nunca tienen acción más que en los bienes que le son personales, cuando la deuda no entra en el pasivo. Hay también

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

una diferencia entre las deudas propias y las deudas que entran en la comunidad á reserva de compensación. Las primeras no están comprendidas en el reparto de la comunidad; después de la disolución de la comunidad, el acreedor no tiene ya acción contra el esposo deudor. Las otras están comprendidas en el reparto; de esto se sigue que el esposo que no las ha contraído, sólo está obligado por la mitad, aunque él es quien deba soportarlas por entero, habiendo sido la deuda contraída en interés de sus propios. Volveremos á tratar este punto que está muy controvertido.

FIN DEL TOMO VIGÉSIMO PRIMERO.

INDICE DE LAS MATERIAS

CONTENIDAS EN ESTE TOMO.

TITULO IV.

(TITULO V DEL CODIGO CIVIL).

Del Contrato de Matrimonio.

CAPITULO I.

DISPOSICIONES GENERALES.

SECCION I.—Definición y objeto del contrato de matrimonio.

1 Qué se entiende por contrato de matrimonio? Cuáles relaciones hay entre el contrato de matrimonio y el matrimonio? Puede el contrato arreglar ó modificar las relaciones de estado personal entre los esposos?..... 3
2 Debe haber en todo matrimonio un contrato sea expreso, sea tácito. Por qué?..... 5
3 Qué es un régimen? Cuál es el sentido del art. 1,391 que parece admitir dos régimenes?..... 7
4 Del régimen de la comunidad y de los regímenes exclusivos de la comunidad..... 8
5 Los esposos pueden combinar los diversos regímenes..... 9
6 La ley favorece el contrato de matrimonio; permite hacer por contrato de matrimonio, disposiciones que prohibe fuera de este contrato. Estas disposiciones excepcionales son de rigurosa interpretación..... 12

SECCION II.—Condiciones requeridas para la validez del contrato de matrimonio.

Artículo I. Capacidad.

§ I. Capacidad para casarse.

7 El contrato de matrimonio se hace bajo la condición que lo seguirá el matrimonio..... 13

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

una diferencia entre las deudas propias y las deudas que entran en la comunidad á reserva de compensación. Las primeras no están comprendidas en el reparto de la comunidad; después de la disolución de la comunidad, el acreedor no tiene ya acción contra el esposo deudor. Las otras están comprendidas en el reparto; de esto se sigue que el esposo que no las ha contraído, sólo está obligado por la mitad, aunque él es quien deba soportarlas por entero, habiendo sido la deuda contraída en interés de sus propios. Volveremos á tratar este punto que está muy controvertido.

FIN DEL TOMO VIGÉSIMO PRIMERO.

INDICE DE LAS MATERIAS

CONTENIDAS EN ESTE TOMO.

TITULO IV.

(TITULO V DEL CODIGO CIVIL).

Del Contrato de Matrimonio.

CAPITULO I.

DISPOSICIONES GENERALES.

SECCION I.—Definición y objeto del contrato de matrimonio.

1 Qué se entiende por contrato de matrimonio? Cuáles relaciones hay entre el contrato de matrimonio y el matrimonio? Puede el contrato arreglar ó modificar las relaciones de estado personal entre los esposos?..... 3
2 Debe haber en todo matrimonio un contrato sea expreso, sea tácito. Por qué?..... 5
3 Qué es un régimen? Cuál es el sentido del art. 1,391 que parece admitir dos régimenes?..... 7
4 Del régimen de la comunidad y de los regímenes exclusivos de la comunidad..... 8
5 Los esposos pueden combinar los diversos regímenes..... 9
6 La ley favorece el contrato de matrimonio; permite hacer por contrato de matrimonio, disposiciones que prohibe fuera de este contrato. Estas disposiciones excepcionales son de rigurosa interpretación..... 12

SECCION II.—Condiciones requeridas para la validez del contrato de matrimonio.

Artículo I. Capacidad.

§ I. Capacidad para casarse.

7 El contrato de matrimonio se hace bajo la condición que lo seguirá el matrimonio..... 13

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

Pfos. Págs.
7 *bis* Consecuencias que resultan de este principio. Las convenciones matrimoniales producen su efecto en donde fueron contraídas 14
8 Si el matrimonio no sigue, el contrato de matrimonio caduca. La caducidad hace caer todas las disposiciones que contiene el contrato? 14
9 Efecto de la nulidad del matrimonio en las convenciones matrimoniales 15
10 Quid si el contrato de matrimonio se hace en un momento en que no puede contraerse matrimonio por un impedimento temporal? 18
11 Quid si el impedimento no es temporal, pero si llega á ser quitado por una ley? 19
12 Quid si el contrato de matrimonio es nulo así como el matrimonio? Validará la confirmación del matrimonio las convenciones matrimoniales? 20

§ II. Capacidad para contraer.

Núm. 1. Principio.

13 La capacipad para contraer es esencial para la validez del matrimonio 21
14 En qué sentido puede decirse que aquel que está hábil para casarse lo está para consentir las convenciones matrimoniales? 22
15 La máxima no es verdadera en el sentido que la capacidad para casarse basta para consentir las convenciones matrimoniales 24
16 Crítica del principio de la indivisibilidad del matrimonio y del contrato de matrimonio 26
17 La jurisprudencia ha desechado este pretendido principio. así como el sentido del adagio *habilis ad nupcias, habilis ad nuptiarum consecuentias* 27

Núm. 2. De los incapaces.

18 Los incapaces que se casan sin cantrato, están sometidos al régimen de la comunidad legal 28
19 Pueden los incapaces hacer un contrato de matrimonio? 30

I. Los menores.

1. ¿Bajo qué condiciones pueden hacer un contrato de matrimonio?

20 Los menores son mayores en cuanto á las convenciones matrimoniales? Cuál es el verdadero principio? Crítica de la ley 31
21 El Código deroga al derecho común en lo que se refiere á las convenciones matrimoniales del menor. Cuáles son los motivos de esta derogación? 33
22 A qué edad puede el menor hacer un contrato de matrimonio? Quid del hijo de familia mayor, pero de menos de veinticinco años? 34
23 Quién debe existir al menor? Los descendientes llamados á asistir al menor, prestan su asistencia como ascendientes ó como tutores? Si hay oposición de interés entre el ascendiente y el menor á quien asiste, se aplicará el artículo 420? 35
24 Qué se entiende por *asistencia?* Puede la asistencia ser reemplazada por un consentimiento escrito? Crítica de la opinión general 37
25 Suponiendo que un consentimiento escrito baste, qué debe decir el acta para que equivalga á la asistencia? 39
26 Jurisprudencia concerniente á la asistencia del consejo de familia 40
27 Qué convenciones puede hacer el menor asistido? 42
28 Puede la mujer menor declarar dotales inenajenables á sus inmuebles? Puede dispensar á su marido de la observación de las formalidades prescriptas para la venta de los bienes de los menores? 43
29 Es aplicable el art. 1,398 á las convenciones insertas en el contrato de matrimonio cuando estas convenciones son extrañas al matrimonio? Quid de la confirmación de una venta irregular cuando el precio está constituido en dote? 45

2. De la nulidad de las convenciones matrimoniales consentidas por un menor.

30 El contrato de matrimonio es nulo cuando una de las condiciones prescriptas por la ley no ha sido llenada 47
31 Es nulo el contrato de matrimonio cuando el menor lo hizo en una edad en que no podía casarse y que se casa después de haber alcanzado la edad legal ó después de haber obtenido dispensa? 47
32 Si el matrimonio está viciado por la misma causa de nulidad que tiene el contrato de matrimonio, cubrirá la validación del matrimonio la nulidad del contrato? Crítica de la opinión de Troplong 48
33 El contrato de matrimonio irregular puede ser confirmado durante el matrimonio? Puede el consejo de familia con-

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

Pfos. Págs.

firmar el contrato mediante deliberación posterior al contrato y anterior al matrimonio? Pueden los esposos confirmar después de la disolución del matrimonio?..... 50
34 La acción por la que los esposos atacan el contrato de matrimonio es de nulidad ó es acción por rescisión?..... 52
35 Es relativa la nulidad en el sentido del art. 1,125? Pueden prevalerse de ella los terceros acreedores de los esposos? 54
36 Cuál es el efecto de la anulación del contrato de matrimonio? Cuál será el régimen de los esposos?..... 56

II. Los entredichos.

37 Puede el entredicho hacer un contrato de matrimonio? Puede el tutor consentirlo como representante del entredicho? 56
38 Quid del enajenado que no ha sido declarado entredicho ó que sólo lo ha sido después del matrimonio?..... 58
39 Quid de los sordomudos analfabéticos?..... 58

III. Las personas colocadas bajo consejo de familia.

40 Las personas colocadas bajo consejo de familia sólo pueden hacer convenciones matrimoniales, según el art. 513..... 59
41 Refutación de la opinión contraria de la Corte de Casación. 59
42 Aplicación del principio á la institución contractual..... 62

Artículo II. Solemnidad.

§ I. Autenticidad.

43 Cuáles son los motivos por los que la ley quiere que las convenciones matrimoniales estén redactadas por acta notariada?..... 63
44 El contrato de matrimonio es un contrato solemne; la autenticidad está requerida para la existencia del acta. Redactada privadamente, el acta es inexistente..... 66
45 El acta privada depositada en manos del notario, equivale á una acta notariada ó es preciso una acta de reconocimiento?..... 68
46 Consecuencia que deriva del principio de que el contrato de matrimonio redactado privadamente es inexistente.... 69
47 Quid si el contrato de matrimonio está hecho por acta notariada y que una de las formas prescriptas por la ley de Ventoso no haya sido observada?..... 71
48 A qué convenciones se aplica el art. 1,394? Aplicación tomada de la jurisprudencia 73
49 Quid si el contrato de matrimonio de un Belga se hace en el extranjero? Debe aplicarse en este caso el principio *Locus regit actum*,..... 73

Pfos. Págs.

§ II Presencia de los futuros esposos.

50 El contrato de matrimonio redactado en ausencia de los esposos ó de uno de ellos no tiene existencia legal..... 74
51 Puede ser confirmado este contrato? Se confirma por la celebración del matrimonio? Puede serlo después de la disolución del matrimonio?..... 76
52 Después de la disolución del matrimonio, las partes interesadas pueden ejecutar el contrato. Es esta ejecución una confirmación?..... 80
53 Quién puede prevalerse de la inexistencia del contrato...? 81
54 La consecuencia de la inexistencia del contrato es que los esposos estarán casados bajo el régimen de la comunidad.. 82
55 Qué sucede con las liberalidades hechas por los terceros á los esposos, ó por uno de los esposos al otro?..... 83
56 Las liberalidades, suponiéndolas válidas, se rigen por los principios de la comunidad legal?..... 84

§ III. En qué época debe hacerse el contrato de matrimonio?

57 Por qué el contrato de matrimonio debe redactarse antes del matrimonio?..... 85
58 El art. 1,394 se aplica á los contratos de matrimonio hechos en el extranjero?..... 86
59 Las convenciones matrimoniales redactadas durante el matrimonio son nulas ó inexistentes?..... 86
60 No pueden ser confirmadas durante el matrimonio ni después de la disolución. No hay lugar á la prescripción de diez años..... 87
61 Quién puede prevalerse de la inexistencia del contrato...? 88
62 Cómo puede probarse que el contrato de matrimonio ha sido hecho después de la celebración del matrimonio, si ambas actas tienen igual fecha?..... 89
63 El acta conteniendo el contrato de matrimonio puede invocarse como prueba de las convenciones extrañas al matrimonio? Quid si hace constar una donación hecha á los esposos ó una cosa aportada por la mujer?..... 92

§ IV. De la irrevocabilidad de las convenciones matrimoniales.

Núm. 1. Nulidad de los cambios.

64 Por qué las convenciones matrimoniales no pueden ser cam-

Núms. Págs.
biadas después del matrimonio? ... 93
65 Son los cambios nulos ó inexistentes? ... 94
66 Se aplica el principio del art. 1,395 á las convenciones tácitas? ... 95
67 Puede el contrato de matrimonio ser modificado por un testamento? Es este el caso de aplicar el art. 1,395? ... 95
68 Pueden ser confirmados los cambios después de la muerte de los esposos ó de uno de ellos? Crítica de la jurisprudencia ... 96

Núm. 2. ¿Cuándo hay cambio?

69 Toda nueva convención incompatible con la primera, es nula ... 96
70 Quid de las convenciones interpretativas? ... 97
71 Los arts. 1,394 y 1,395 se aplican á todas las convenciones matrimoniales. Quid del arrendamiento que la mujer hace de sus inmuebles, por contrato de matrimonio, á sus padres? ... 98
72 La prohibición se aplica á las donaciones que contiene el contrato de matrimonio? ... 99
73 Se aplica á las convenciones hechas con los terceros? ... 99
74 Nuevas donaciones pueden ser hechas á los esposos, aun por aquellos que las han dotado por contrato ... 100
75 Los donantes y testadores estarán ligados por el contrato de matrimonio en lo que se refiere á la condición de los bienes que dan á los esposos? ... 103

Núm. 3. Aplicaciones.

I. Cambio de régimen.

76 Los esposos no pueden cambiar de régimen en todo ni en parte. Pueden, si se han casado bajo un régimen exclusivo de la comunidad, contraer una sociedad ordinaria, particular ó universal? ... 105
77 Hay violación de la regla de la inmutabilidad cuando los esposos hacen una convención que está en oposición con una cláusula expresa ó tácita de su contrato de matrimonio. Aplicaciones al régimen de la comunidad legal de gananciales y al régimen dotal ... 106

II. Renuncias y remesas.

78 La renuncia á una ventaja que los cónyuges se hacen por contrato de matrimonio, es nula como cambio á las convenciones matrimoniales ... 108
79 Los esposos no pueden renunciar á las donaciones que hicieron unos terceros por contrato de matrimonio ... 109
80 El marido puede reconocer que un dote constituido á plazo no debía producir intereses, en la intención de las partes contratantes? ... 109
81 Puede el marido renunciar á exigir el pago de la dote durante la vida de los constituyentes? ... 110

III. Disposiciones que pueden tomar los esposos.

82 Los esposos pueden hacer arreglos con sus padres, relativos á la vida común, derogando á las estipulaciones que el contrato tuviera á este respecto ... 112
83 Los esposos pueden disponer de los bienes que les fueren dados por contrato de matrimonio, aun por vía de renuncia. Diferencia entre la renuncia que se permite como acto de disposición y la renuncia que es nula como abdicación del derecho al que se renuncia ... 113
84 Aplicación de estos principios por la Corte de Casación ... 114
85 Pueden los esposos modificar sus convenciones matrimoniales relativas al pago de la dote? ... 115
86 Las falsas enunciaciones que contiene el contrato de matrimonio cuanto al producto ó cuanto al pago de la dote, constituyen contra letras? Pueden combatirse, y por qué prueba? ... 118
87 Pueden los esposos derogar, por convenciones hechas durante el matrimonio, á disposiciones del Código que se refieran al efecto del régimen que han adoptado? Por ejemplo al art. 1,407? ... 119
88 Pueden los esposos disponer por testamento de los derechos que les da el contrato de matrimonio, ya sea en favor de uno de ellos, ya en provecho de un tercero? ... 121

Núm. 4. De los cambios anteriores al matrimonio.

89 Los esposos pueden cambiar sus convenciones matrimoniales antes de la celebración del matrimonio. Qué se entiende en esta materia por contraletra? ... 122
90 A qué convenciones se aplican los arts. 1,396 y 1,397? ... 123

I. De las condiciones requeridas para la validez de las contraletras entre las partes.

91 Las contraletras deben ser redactadas por actas auténticas. 124
92 Las contraletras privadas no tienen ningún efecto entre las partes ... 125
93 Cuál es el motivo de la segunda condición exigida por el art. 1,395? ... 125
94 Es aplicable el art. 1,396 cuando los esposos solamente son partes? ... 126
95 Quién es parte en el contrato en el sentido del art. 1,396? 127
96 Cuáles son las personas que no son partes aunque hubieren estado presentados en el contrato? ... 128

Núms. Págs.
97 Se necesita la presencia y el consentimiento simultáneo.... 129
98 Los que deben asistir pueden hacerse representar por un apoderado?..... 130
99 Quid si una de las partes no se presenta ó rehusa su consentimiento?..... 130
100 Quid si una de las partes muere ó se vuelve incapaz de consentir?..... 131
101 La nulidad de las contraletras puede cubrirse por la confirmación?..... 132

II. De las condiciones requeridas para la validez de las contraletras para con los terceros.

102 Cuál es la formalidad prescripta para que las contraletras tengan efecto para con los terceros?..... 133
103 Aplicación del principio por la Corte de Casación..... 134
104 Qué se entiende por terceros? Los acreedores quirografarios son terceros?..... 136
105 Las contraletras redactadas en seguida de la minuta, pero no transcriptas en ella, tienen efecto para con los terceros? 137

§ V. De la publicidad del contrato de matrimonio.

Núm. 1. De los comerciantes.

106 Disposiciones del Código de Comercio refiriéndose á la publicidad de los contratos de matrimonio..... 139
107 Sanción de estas disposiciones..... 140

Núm. 2. Nuevas disposiciones.

108 Ley francesa de 18 de Julio de 1850..... 141
109 Ley hipotecaria belga de 31 de Diciembre de 1851..... 142
110 Las nuevas leyes deben ser observadas concurrentemente con el Código de Comercio..... 143
111 Pueden las formalidades legales ser reemplazadas por equipolentes?..... 143

§ VI. Gastos del contrato de matrimonio.

112 Los gastos son deudas personales de los esposos para los acreedores?..... 144
113 Cómo los soportan entre sí?..... 145

ARTICULO 3.—De las cláusulas prohibidas.

§ I. De las cláusulas contrarias á las buenas costumbres.

114 Los esposos no pueden hacer cláusulas contrarias á las buenas costumbres..... 146
115 Aplicación tomada de la jurisprudencia..... 146
116. La condición de no volverse á casar es contraria á las buenas costumbres?..... 147

§ II. De las cláusulas contrarias al orden público.

117 Los esposos no pueden hacer cláusulas contrarias al orden público..... 149
118 Los esposos no pueden derogar, por una autorización general, á la incapacidad de la mujer casada..... 149
119 Los esposos no pueden derogar á los efectos de la separación de cuerpo..... 151
120 Pueden los esposos derogar al poder paterno, especialmente en lo que se refiere á la educación religiosa del hijo?.. 152
121 Pueden los esposos derogar al usufructo legal que la ley les concede?..... 154
122 No pueden derogar al derecho de tutela..... 156

§ III. De las cláusulas contrarias á los derechos del marido como jefe.

123 Qué se entiende por *derechos del marido como jefe?*..... 156
124 Aplicación del principio al régimen de la comunidad..... 157
125 Pueden los esposos derogar á los derechos del marido como jefe de la comuniadd? Pueden estipular que el marido no podrá enajenar las gananciales más que con el consentimiento de la mujer? Puede la mujer estipular que los inmuebles que vuelve muebles no podrán ser enajenados sin su consentimiento?..... 158
126 Pueden los esposos derogar al poder de administración de los bienes de la mujer que tiene el marido bajo el régimen de la comunidad, bajo el régimen exclusivo de la comunidad y bajo el régimen dotal?..... 161
127 Pueden los esposos, adoptando el régimen de la comunidad, estipular que los bienes de la mujer son inenajenables? 164
128 La cláusula de inenajenabilidad debe ser expresa. En qué sentido? La cláusula de reemplazo obligatorio para con los terceros adquirentes arrastra la inenajenabilidad de los inmuebles de la mujer?..... 166

§ IV. De los pactos sucesorios.

129 Objeto y alcance de la prohibición establecida por el artículo 1,389..... 169
130-131 Cuáles son las convenciones y renuncias prohibidas

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

Núms. Págs.
por el art. 1,389?..... 170–171
132 Aplicaciones hechas por la jurisprudencia..... 172
133 De la cláusula que asegura las gananciales á los hijos por nacer del matrimonio..... 174

§ V. De las cláusulas prohibitivas.

Núm. 1. ¿Cuáles son estas cláusulas?

134 Qué se entiende por disposiciones prohibitivas? Puede haber prohibiciones virtuales? Las disposiciones que dan á la mujer garantías contra la administración abusiva del marido son prohibitivas?..... 175
135 Cláusulas prohibitivas refiriéndose á las donaciones que se hacen los esposos durante el matrimonio 176
136 De las cláusulas expresamente prohibidas por el Código.. 177

§ VI. De la prohibición establecida por el art. 1,390.

137 Cuál es el objeto de esta disposición?..... 178
138 Pueden los esposos transcribir en su contrato un artículo de una costumbre acerca de un punto particular? 179
139 Pueden los esposos tomar del derecho antiguo una institución, sirviéndose de términos antiguos, sin referirse á ninguna costumbre? 180
140 Pueden los esposos transcribir en su contrato una disposición de las antiguas costumbres?..... 181
141 Pueden los esposos estipular que su asociación será regida por una ley extranjera?..... 182

Artículo 4. De la nulidad de las convenciones matrimoniales.

142 Se aplica al contrato de matrimonio la distinción de actas nulas y actas inexistentes. Cuándo es inexistente el contrato? 182
143 Cuándo es nulo el contrato de matrimonio? Es nulo el contrato por entero cuando una disposición prohibitiva ha sido violada?..... 182
144 Cuál es la consecuencia de la nulidad y de la inexistencia de las convenciones matrimoniales cuanto al régimen y cuanto á las liberalidades que los esposos se hacen?..... 183
145 Cuál es la duración de la acción por nulidad? Hay lugar á esta prescripción cuando el contrato es inexistente?..... 183

SECCION III. De los regímenes matrimoniales.

146 De los dos regímenes que dividían la Francia antigua 184

Núms. Págs.
147 Es la comunidad germana ó francesa?..... 185
148–149 Por qué se ha hecho con la comunidad el régimen del derecho común?..... 187–189
150 El régimen de la comunidad es la regla, el régimen dotal la excepción. Regla de intepretación que resulta. Bajo qué régimen están casados los esposos cuando no han expresado su voluntad en este punto, en sus convenciones matrimoniales?..... 193
151 Los esposos pueden estipular la inenajenabilidad de los bienes de la mujer, pero la cláusula debe ser expresa. En la duda se aplica el derecho común..... 195
152 Deben interpretarse siempre las convenciones matrimoniales por las reglas de la comunidad legal?..... 197

SECCION IV. Del efecto y de la fuerza probante de las convenciones matrimoniales.

153 Tienen las convenciones matrimoniales efecto para con los terceros, y en qué sentido?..... 197
154 Crítica de la doctrina de Troplong y de la jurisprudencia. 200
155 Cuál es la fuerza probante del acta que contiene las convenciones matrimoniales? Crítica de la doctrina y de la jurisprudencia..... 202

SECCION V. Del dote.

§ I. Definición.

156 Qué es el dote? Puede el marido tener dote también?.....204
157 Cuáles son bienes dotales bajo los diversos regímenes?..... 205
158 Qué bienes no son dotales?..... 206

§ II. Del dote considerado como liberalidad.

Núm. 1 ¿Quién es donante?

159 Es la dote una liberalidad? Translado..... 206
160 Quién es donante? Pueden aplicarse como reglas las disposiciones que el Código contiene á este respecto en el capítulo de la *Comunidad* y en el capítulo del *Régimen dotal?* 207
161 Los padres constituyen el dote. Se tomará de su patrimonio si el hijo dotado tiene bienes propios?..... 208
162 Cómo están obligados al dote los padres que dotán conjuntamente?..... 208
163 Qnid si el dote constituido conjuntamente está prometido ó ministrado en bienes personales á uno de los esposos, ó en bienes de la comunidad?..... 209

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

Pfos. Págs.
164 Quid si la mujer que constituyó el dote conjuntamente renuncia á la comunidad? ... 210
165 Pueden los esposos derogar á ot as reglas? ... 211
166 Para que la deuda se divida entre ambos constituyentes es necesario que el acta contenga la palabra *conjuntamente* ó un término equivalente? ... 212
167 El padre solo dota: ¿Queda obligada la madre? Quid si los esposos están casados bajo el régimen de la comunidad? Quid si en este caso la intención del padre es la de dotar sólo? ... 212
168 La madre dota sola: Está obligado el padre? Quid si los esposos están casados bajo el régimen de la comunidad?. 214
169 Del dote constituido por el supérstite. Quid si constituye el dote para bienes paternos y maternos? ... 215
170 El padre y la madre que constituyen un dote ¿pueden estipular que lo soportará el supérstite, ó ligada á su sucesión? Cuál es el sentido de esta cláusu'a tradicional? ... 217
171 Tiene acción el hijo en este caso, contra sus padres viviendo ellos, y por qué parte? ... 218
172 Quid si la comunidad es disuelta en vida de los esposos? ... 219
173 Cuál es el derecho del hijo donatario á la muerte de uno de sus padres? Cuáles sus obligaciones? Cuáles son los derechos del supérstite? ... 220

Núm. 2. De la relación del dote.

174 El hijo debe reportar la dote á la sucesión del donante. Quid si uno de los constituyentes paga la dote en totalidad? ... 221
175 Quid si la dote fué constituida conjuntamente por padre y madre en bienes propios á uno de ellos? Se reporta la dote por entero á la sucesión de aquel que ministró la dote ó por mitad en la sucesión paterna y á la sucesión materna? 222
176 Quid si el dote prometido en dinero es pagado en inmuebles? Quid si los bienes dadós en pago del dote pertenecen á uno de los constituyentes ó á la comunidad? ... 223

Núm. 3. Naturaleza de las convenciones dotales.

177 Las convenciones dotales son convenciones matrimoniales é irrevocables como tales. Translado ... 224
178 En qué circunstancias la dote constituida bajo forma de pensión puede subir ó disminuir? ... 224
179 La pensión dotal debe también ser pagada después de la disolución del matrimonio? Quid si el esposo dotado muere dejando hijos? Quid si no deja hijos? ... 225

Pfos. Págs.

§ III. De los intereses del dote.

180 Los intereses del dote corren de derecho pleno. Por qué?.. 226
181 Este principio se aplica á las cosas que producen frutos. Quid de las cosas que no producen frutos ni intereses? ... 227
182 Las partes contratantes pueden dejar á la ley.. ... 228
183 Los intereses del dote prescriben por cinco años? ... 229

§ IV. De la garantía del dote.

184 El constituyente debe dar garantía por el dote. Por qué?.. 230
185 Debe la mujer dar garantía por sus bienes dotales? ... 230
186 A quién debe garantizarse? ... 231
187 Cuándo puede ejercerse la acción de garantía? ... 231
188 Cuál es el efecto de la garantía. ... 232

CAPITULO II.

DEL REGIMEN DE LA COMUNIDAD.

§ I. ¿Qué es la comunidad?

189 Qué se entiente por comunidad? ... 236
190 Cuál es la extensión de la sociedad de bienes que se forma entre esposos? ... 237
191 Proposición hecha en el Consejo de Estado de hacer la comunidad universal ... 238
192 Proposición hecha en el consejo de Estado de reducir la comunidad á los gananciales ... 240

§ II. De la comunidad considerada como sociedad de bienes.

193 La comunidad es una sociedad desigual ... 242
194 El poder que la ley da al marido, impide que haya sociedad? De los derechos de la mujer bajo el régimen de la comunidad ... 242
195 De las diferencias que existen entre la sociedad ordinaria y la comunidad ... 245
196 Principio de interpretación que resulta ... 246
197 Es la comunidad una persona civil ... 247

§ III. Comunidad legal y convencional.

198 La comunidad es legal ó convencional ... 251
199 En qué sentido es *legal* la comunidad? Tiene la comunidad legal su causa en la ley ó en la convención? ... 252

Núms. Pág.
200 Consecuencia que se deducía en el derecho antiguo. El principio tal como lo formula Pothier, es aún aplicable al derecho moderno? 254
201 Unos franceses se casan en el extranjero: cuál será su régimen? 256
202 Quid si un francés se casa en el extranjero con una extranjera? 256
203 Quid si un extranjero se casa en Francia con una extranjera ó una francesa? Jurisprudencia 259
204 Quid si la ley nacional del extranjero prohibe la comunidad tal cual está organizada por el Código Civil? 261
205 Quid si durante el matrimonio los esposos cambian de domicilio matrimonial ó de nacionalidad? 265

§ IV. Modalidad de las convenciones matrimoniales.

206 Puede estipularse una comunidad á plazo? 266
207 Puede estipularse una comunidad bajo condición? 267

§ V. ¿Cuándo comienza la comunidad?

208 Cuando comienza la comunidad? 570
209 Es desde el *dia* ó desde el *momento* de la celebración del matrimonio? 270

PRIMERA PARTE.

DE LA COMUNIDAD LEGAL.

SECCION I.—Del activo de la comunidad.

210-211 Los bienes de los esposos que entran en la comunidad están enajenados en provecho de la comunidad considerada como persona civil, ó están indivisos entre los esposos considerados como socios, tiene la cuestión interés práctico? 271-273

Artículo 1. De los bienes que entran en la comunidad.

§ I. De los muebles de los esposos.

Núm 1. Principio.

212 La comunidad comprende los muebles presentes y futuros. 274
213 Qué se entiende por mobiliar? Quid de los créditos hipotecarios? 276
214 Quid de las rentas constituidas? El derecho antiguo y el moderno 277

Núms. Pág.
215 Quid de las rentas vitalicias? 278
216 Del mobiliar futuro. Quid si los objetos muebles fueron comprados por la mujer? 279
217 Quid de los objetos muebles dados ó legados á uno de los esposos? 280
218 Quid de las rentas vitalicias adquiridas con dinero de la comunidad y constituidas en las personas de ambos esposos, ó en la de uno de ellos? 281
219 Quid si la renta vitalicia está estipulada reversible en la persona y provecho del esposo supérstite? Entra en la comunidad ó es propio del supérstite, y le es propio sin compensación? 282
220 Los derechos mobiliares caen en la comunidad, aunque estén afectados de una condición que sólo se cumple después de la disolución del matrimonio 284
221 Las obligaciones de hacer engendran un derecho mueble que entra en la comunidad 284
222 Quid del derecho de arrendamiento? Reproche de rutina que Troplong hace á sus adversarios 285
223 Los derechos reales mobiliares entran en la comunidad .. 286
224 Los productos del trabajo de los esposos entran en la comunidad. Quid de las empresas que continúan después de la disolución de la comunidad? 286
225 Quid de los honorarios y gratificaciones ligados á funciones públicas? 287
226 Quid de la propiedad literaria? 288

Núm. 2. Aplicaciones.

227 Los muebles que sirven al uso personal de uno de los esposos entran en la comunidad? Puede recogerlos el esposo supérstite? 289
228 El tesoro descubierto en el fundo de uno de los cónyuges petenece al cónyuge por la mitad que la ley atribuye al propietario del fundo, ó entra por entero en la comunidad? ... 90
229 El crédito alternativo de un mueble ó de un inmueble entra en la comunidad? Quid del crédito de un mueble con facultad de pagar en inmueble, ó de un inmueble con facultad de pagar en mueble? 291
230 El derecho del precio de un inmueble vendido antes de la celebración del matrimonio entra en la comunidad? 292
231 Cuando una venta se hace con cláusula de recompra y que el vendedor ejerce su derecho, el comprador sólo tiene un derecho mueble, el que entra en la comunidad 292
232 Quid de la devolución que uno de los cónyuges tiene en

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

Pfos. Págs.
una comunidad procedente por un propio enajenado?.... 293
233 El derecho de los esposos en las sucesiones, en comunidades ó sociedades, parte mueble, parte inmueble, entran en la comunidad en proporción del derecho del esposo, ó debe aplicarse la ficción consagrada por el art. 883?..... 294
234 Quid de los derechos que tienen los cónyuges en una sociedad de comercio? Translado..... 296
235 El derecho al capital de un seguro de vida entra en el activo de la comunidad?..... 296
236 La reparación del adulterio consentida por el cómplice, debe de comprenderse en la masa repartible?..... 299

§ II. De los frutos.

Núm. 1. Principio.

237 Por qué entran los frutos en la comunidad? Por qué los menciona la ley especialmente?..... 300
238 Quid de los frutos percibidos antes del matrimonio?..... 301
239 Pueden los esposos derogar á la disposición del art. 1,401, núm. 2?..... 302
240 A qué bienes se aplica el art. 1,401, núm. 2? Quid de los frutos producidos por el derecho de usufructo propio de uno de los esposos?..... 302
241 Quid de los réditos de una renta vitalicia? Quid si estos réditos están convertidos en capital? Quid si el capital está reempleado y que el esposo acreedor rentista llega á morir? El inmueble adquirido en reemplazo es propio ó ganancial? 304
242 La nuda pr piedad perteneciendo en propio á uno de los esposos se vende: tiene derecho la comunidad á los intereses del precio?..... 305
243 Quid si frutos civiles que pertenecen á la comunidad están empleados por la mujer en la liberación de un inmueble que le es propio?..... 306
244 Tiene la comunidad todos los derechos del usufructuario, especialmente en cuanto á las cosas consumibles y á los que se deterioran por el uso?..... 306
245 Cómo gana los frutos la comunidad?..... 307
246 Consecuencias y anomalías y resultas..... 308
247 Diferencia entre los derechos de la comunidad y los del usufructuario en lo que se refiere á los cortes de madera que podían ser hechos y no lo fueron. A quién se debe compensación? Se aplica la disposición á los frutos?..... 309
248 Deben aplicarse á la comunidad las disposiciones del artículo 585 relativas á los gastos de cultivo y siembra?..... 312
249 Se aplican á la comunidad los arts. 600 y 601? 314

Pfos. Págs.
250 El derecho de la comunidad á los frutos de los propios ¿es un verdadero usufructo? Este usufructo pertenece á una persona moral distinta de ambos esposos?..... 314

Núm. 2. Aplicaciones.

1. De las canteras y minas.

251 La ley aplica á la comunidad los principios que rigen al usufructo. ¿Cuándo hay lugar á compensación y á quién se la debe?..... 316
252 Cómo puede determinarse la época en la que las minas y canteras han sido abiertas?..... 318
253 Derogación de la ley de 21 de Abril de 1810 hecha al artículo 1,403..... 319

II. Cortes de maderas.

254 Se aplica el derecho común salvo la derogación que hace el art. 1,403, 2.° inciso..... 321
255 Se aplica el 2.° inciso cuando el marido legatario del usufructo hace un corte que debiera haberse hecho durante el matrimonio?..... 321
256 Para que haya lugar á compensación, es necesario que haya una pérdida para la comunidad ó para el esposo..... 322

§ III. De las gananciales.

Núm. 1. De los inmuebles adquiridos á título oneroso durante el matrimonio.

257 Qué se entiende por *adquisición de la comunidad* y por *ganancial*? Por qué las gananciales entran en la comunidad?..... 323
258 Quid si la adquisición se hace por la mujer? Quid si el dinero es propio de los esposos?..... 324
259 Quid si un inmueble es cedido á uno de los esposos en pago de un crédito que le es propio?..... 325
260 Quid si el esposo, nudo propietario de un inmueble del que tiene el usufructo un tercero, compra este usufructo durante el matrimonio? Forma esta adquisición una ganancial, y cuáles son las consecuencias?..... 325
261 El derecho eventual á la indemnización en caso de incendio de una ganancial asegurada por el marido cae en la comunidad? Quid si el marido está decaído en su derecho por haber incendiado el inmueble?..... 329

Núm. 2. De los inmuebles adquiridos desde el contrato de matrimonio y antes de la celebración del matrimonio.

262 Cuál es el motivo de la disposición del art. 1,404, 2.º inciso? Es esto una excepción, ó es la aplicación de la regla general del art. 1,396? ... 330
263 Es aplicable el art. 1,404 cuando los esposos han adoptado la comunidad de gananciales? ... 332
264 Quid si los esposos se han casado sin contrato notariado, conviniendo verbalmente que adoptarán el régimen de la comunidad? ... 332
265 Quid si el inmueble fué comprado antes del contrato de matrimonio conteniendo estipulación de comunidad? ... 333
266 Quid si el contrato contiene una cláusula de empleo? ... 334
267 Quid si un inmueble es dado á uno de los cónyuges en el intervalo del contrato á la celebración del matrimonio? ... 334
268 Quid si uno de los esposos vende un inmueble propio en el intervalo del contrato á la celebración del matrimonio? Será propio el precio ó entrará en la comunidad? ... 335

Núm. 3. De los inmuebles adquiridos á título gratuito.

269 La adquisición durante el matrimonio, á título gratuito, es, en principio, una ganancial ó un propio? ... 336
270 La donación hecha á uno de los esposos constituye un propio? ... 338
271 Quid si el inmueble es dado á ambos esposos? ... 339
272 En qué casos, por excepción, el inmueble dado á ambos esposos les es propio á cada uno por mitad? ... 342

Núm. 4. De la prueba.

273 Quién debe probar que el inmueble es propio ó ganancial? 343
274 Es aplicable la presunción del art. 1,402 cuando no está probado que la comunidad poseía el inmueble ... 345
275 Qué se entiende por propios, en derecho moderno? ... 345

ARTICULO 2.—De los bienes que no entran en la comunidad.

§ I. De los propios muebles.

Núm. 1. Cuáles muebles son propios?

276 Los muebles dados son propios del donatario cuando el donante expresó así su voluntad. Se necesita una declaración expresa ... 346
277 El donante puede declarar propios los bienes dados, cuando estos bienes constituyen la reserva del donatario? ... 347
278 Quid de las rentas vitalicias dadas ó legadas á título de alimentos? Son propias sin declaración por parte del donante? ... 348
279 Quid de las pensiones declaradas incedibles ... 351
280 Quid de las cosas muebles que proceden de un propio inmueble sin que sean frutos? ... 351
281 Quid de los valores muebles substituidos, durante el matrimonio, á los propios de uno de los cónyuges? ... 352
282 Aplicación del principio á la venta de un inmueble propio. Entra en la comunidad el derecho al precio? Pueden los acreedores del marido embargarlo si el propio pertenece á la mujer? Puede el marido delegarlo á sus acreedores personales? ... 252
283 Aplicación del principio al saldo debido al esposo en una sucesión puramente inmobiliar. Quid si la sucesión es parte mueble y parte inmueble, y si el saldo no se toma en toda la herencia? Quid del precio de licitación de un inmueble hereditario? ... 354
284 Quid del suplemento del justiprecio ofrecido por el comprador de un propio, en la acción de rescisión por causa de lesión? Quid si el esposo consiente en la rescisión de una venta hecha antes del matrimonio; la acción de restitución del precio será propia? ... 356
285 Quid de la indemnización debida en caso de seguro de un propio contra incendio? ... 358

Núm. 2. De los principios que rigen los propios muebles.

286 Cómo pueden los esposos probar que los efectos muebles son propios ó comunes? La presunción del art. 1,402 puede ser invocada? Puede el marido prevalerse del art. 1,410? ... 358
287 Los muebles propios no entran en la comunidad ... 359
288 Consecuencias que resultan de este principio ... 360

§ II. De los propios inmuebles.

Núm. 1. Inmuebles de que los esposos toman la propiedad antes del matrimonio.

289 Los inmuebles que los esposos poseían el día del matrimonio son propios ... 361
290 Quid si el esposo era propietario condicional y que la condición llega á cumplirse durante el matrimonio ó después de la disolución de la comunidad? ... 362
291 Quid si el inmueble comprado durante una primera comunidad se paga durante la segunda? Será ganancial de la segunda? ... 362
292 Basta que el esposo tenga la posesión legal cuando la cele-

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

Pfos. Págs.
bración del matrimonio. Qué se entiende por posesión legal? 363
293 De la prueba de la propiedad y de la posesión 364
294 Basta que la causa del derecho sea anterior al matrimonio. Aplicación del principio á las acciones de nulidad, de revocación y de resolución 365
295 Se aplica este principio á la acción en resolución del vendedor por falta de pago del precio? 366
296 Quid si el título del esposo era nulo y si se confirma durante el matrimonio? Se aplica este principio á los contratos inexistentes? 368
297 El principio se aplica á la transacción, á no ser que éste sea una verdadera venta 369
298 Quid de la ratificación 370
299 El inmueble dado por contrato de matrimonio á uno de los esposos ó á ambos es propio de los donatarios 370
300 Debe hacerse excepción cuando la donación es hecha á dos esposos de los que uno es heredero presunto del donante? Quid si la donación es hecha al marido y si la mujer es heredera del donante? O si la donación es hecha á la mujer cuando el marido es herelero. Crítica de la doctrina 371
301 Quid de las cosas que están unidas á un propio? 373
302 De la unión natural. Aluviones 373
303 De las accesiones que tiene lugar por el hecho del hombre. De las construcciones 374
304 Quid de las adquisiciones nuevas que están unidas á un propio? 375

Núm. 2. De los inmuebles adquiridos á título gratuito.

I. De los propios de sucesión.

305 Todo propio de sucesión es propio de la comunidad 376
306 La parte de un coheredero en una sucesión inmobiliar que aumenta por renuncia le es propia 376
307 El saldo en la partición de una sucesión inmobiliar es propio del heredero. Quid de su parte en una sucesión parte mueble y parte inmueble? 377
308 Quid de los inmuebles recogidos á título de devolución legal? 377
309 Quid de los inmuebles adquiridos por devolución sucesoral? Crítica de la opinión general que considera á estos inmuebles como propios 378

II. De los inmuebles dados.

310 Cuándo son propios al donatario? Qué motivos son los del

Pfos. Págs
art. 1,405? 380
311 El art. 1,405 se aplica á los delegados 380
312 Quid de la donación hecha á ambos esposos? Quid si una dimisión de bienes es hecha bajo forma de cesión de bienes en provecho de uno de los esposos? 381
313 Quid de la donación con cargo? 381
314 Quid de la donación disfrazada? 382

Núm. 3. De los arreglos de familia.

315 Cuáles son los motivos de la disposición del art. 1,406? 382
316 Es una excepción ó es la aplicación de un principio general? 383
317 Otro pariente que no sea el ascendiente puede hacer anticipo de herencia en el sentido del art. 1,406? 383
318 Es necesario para que haya anticipo de herencia que el esposo sea heredero presunto del ascendiente en el momento de la cesión y sucesible á su muerte? 384
319 Quid si la cesión es hecha al cónyuge del descendiente ó á ambos esposos? 385
320 El abandono hecho por el ascendiente bajo otras condiciones que las que están previstas por el art. 1,406 es una ganancial ó un propio? 385
321 Se aplica el art. 1,406 á la cesión hecha por el ascendiente en pago de la dote que ofreció al esposo? 386
322 Cuándo se debe indemnización á la comunidad y cuál es el monto de la compensación á que tiene derecho? 387

Núm. 4. De la adquisición á consecuencia de indivisión.

I. El principio.

323 Por qué el inmueble adquirido por licitación ó de otro modo por el esposo copropietario forma propio? Explicación de Pothier 388
324 El sistema de Pothier es el del Código. ¿Debe interpretarse el art. 1,408 por el principio del art. 883? 390
325 Para que el art. 1,408 sea aplicable, es menester que el esposo sea copropietario por indiviso y que adquiera una parte indivisa del inmueble 392
326 Debe tenerse en cuenta de la indivisión limitando la disposición al caso en que la indivisión provenga de sucesión? 393
327 Quid si el esposo ha adquirido el derecho indiviso durante el matrimonio? 394

Nos. Págs.
328 A qué título debe hacerse la adquisición de la porción indivisa? Quid si tiene lugar por adjudicación, por expropiación forzada? 394
329 Es necesario que la adquisición que el esposo hace de la parte indivisa de una herencia, haga cesar la indivisión de una manera absoluta? 396
330 El art. 1,408 es aplicable cuando la indivisión cesa por actos sucesivos hechos por el heredero con sus copropietarios? 398
331 Quid si el esposo adquiere una parte indivisa en una sucesión parte mueble, parte inmueble 399
332 Derecho de la comunidad á una compensación 401

II. Derecho de opción de la mujer.

333 Los derechos de opción y de retiro derogan al derecho común. Cuál es el motivo de estas derogaciones? 402
334 Se aplica el art. 1,408 á todos los regímenes, especialmente á la comunidad de gananciales y al régimen dotal? 404
335 Pueden los herederos de la mujer ejercer el derecho de opción y de retiro? 406
336 Los acreedores de la mujer pueden ejercerlo? Traslado 406
337 Tiene este derecho el marido cuando la mujer adquiere la propiedad de un inmueble que pertenece al marido por indiviso? Qué sucede con la adquisición? 406
338 Bajo qué condición tiene la mujer derecho de opción y retiro? Quid si ambos esposos adquieren la porción indivisa? 407
339 Quid si el marido hace la adquisición en nombre de la mujer? Crítica de la doctrina y la jurisprudencia 409
340 Quid si el marido se hace adquirente sin decir en qué calidad obra? 412
340 *bis* Quid si el marido se vuelve adquirente por embargo practicado contra la mujer y sus copropietarios por una deuda de la que están obligados? 413
341 Quid si el marido adquiere, no la totalidad del inmueble, sino sólo la porción indivisa que pertenece al copropietario de su mujer? 414

III. Cuándo puede la mujer y cuándo debe ejercer su derecho?

342 Cuándo puede la mujer ejercer su derecho de opción? Puede declarar durante la comunidad que entiende retirar el inmueble como propio? 416
343 Cuándo debe la mujer ejercer su derecho? 418

Nos. Págs.
344 Qué sucede con el inmueble si el derecho de opción prescribe? 418
345 Puede la mujer renunciar su derecho de opción? Cuándo y cómo? Cuál es el efecto de esta renuncia? 419

IV. Efecto de la opción. Del retiro de indivisión.

346 Cuál es el efecto de la opción cuando la mujer abandona el inmueble á la comunidad? Cuándo lo retira? 420
347 El inmueble adquirido por el marido se hace ganancial? . 421
348 El inmueble que la mujer retira, se hace propio á partir del retiro ó á partir del momento en que el marido adquirió la porción indivisa perteneciendo al coprepietario de la mujer y en el caso en que adquirió la totalidad del inmueble? 423
349 Tiene el retiro un efecto retroactivo? Crítica de la opinión general 425
350 Consagra la jurisprudencia la retroacción? Crítica de una sentencia de la Corte de Grenoble 427
351 Las actas de disposición hechas por el marido, caen cuando la mujer ejerce el derecho de retiro? 429
352 Si el retiro retrotrae, debe concluirse que la mujer es deudora hacia aquellos que vendieron el efecto al marido? .. 430
353 Debe concluirse que las hipotecas consentidas por los copropietarios de la mujer caen? Del sistema del Sr. Colmet de Santerre 431

Núm. 5. Del cambio.

354 El inmueble recibido en cambio de un propio se hace propio en virtud de la ficción legal de la subrogación 433
355 Resulta que la subrogación tiene lugar de derecho pleno . 434
356 La propiedad adquirida en cambio de un usufructo inmobiliar forma un propio cuando muere el esposo usufructuario? 434
357 Quid si hay diferencia de valor más ó menos considerable entre el inmueble recibido en cambio y el inmueble dado en cambio? 435
358 Jurisprudencia 436

Núm 6. Del reemplazo.

359 El reemplazo es una subrogción real, luego una ficción. .. 438
360 Por qué lo autoriza la ley? Por qué lo somete á severas condiciones? 439

I. Del reemplazo hecho por el marido.

361 Es necesario que haya enajenación de un propio. Debe pre-

Pfos. Págs.
ceder al reemplazo? ... 441
362 Es preciso que el dinero proceda de la enajenación de un propio. Debe entregarse á la comunidad? Debe ser pagado al vendedor? Es necesario que sea idénticamente el mismo dinero recibido por el esposo que vendió y que hace el reemplazo? ... 444
363 El dinero propio que no procede de la enajenación de un propio puede ser *reemplazado*? ... 446
364 Se necesita una declaración de reemplazo. Es menester una declaración especial del origen del dinero y una declaración de la intención de hacer un reemplazo? ... 450
365 La declaración de reemplazo debe ser expresa. Puede ser tácita? ... 453
366 En qué momento debe el marido hacer su declaración? ... 453
367 Cuando las condiciones requeridas para el reemplazo no han sido observadas, el inmueble es una ganancial ... 454

II. Del reemplazo hecho para la mujer.

368 Puede la mujer hacer una adquisición con declaración de reemplazo? ... 455
369 Debe ser hecha la declaración conforme al art. 1434? ... 455
370 La mujer debe aceptar el reemplazo. Por qué? ... 457
371 Qué es la aceptación de la mujer? Es una ratificación? ... 458
372 O es la aceptación de un ofrecimiento que el marido hace á la mujer? ... 459
373 Puede el marido revocar la declaración de reemplazo? ... 461
374 La aceptación de la mujer debe ser formal. Qué se entiende por la palabra *formalmente*? Bastaría una aceptación tácita? ... 462
375 Cuándo puede la mujer aceptar el reemplazo? Cuándo debe aceptarlo? Puede el marido apremiarla para que se pronuncie durante el matrimonio? ... 465
376 Cuál es el efecto de la aceptación? Retrotrae al día de la adquisición ... 466
377 Quid si la mujer no acepta? ... 467
378 Diferencia entre la aceptación y el retiro de indivis. Cuál es la razón de esta diferencia? ... 471
379 Quid si una de las condiciones requeridas para el reemplazo no ha sido observada? ... 472

III. Como se hace el reemplazo.

380 En qué bienes debe hacerse el reemplazo? Quid si la mujer acepta objetos muebles en pago de lo que el marido debe por la enajenación de un propio mueble? ... 473

Pfos. Págs.
381 Quid si hay una diferencia de valor entre el inmueble enajenado y el inmueble adquirido en reemplazo? ... 474
382 Quién soporta los gastos de reemplazo? ... 476

IV. Del reemplazo obligatorio.

383 Está obligado el marido en hacer el reemplazo del precio de un inmueble enajenado por la mujer? ... 476
384 Puede la mujer estipular que el reemplazo será obligatorio para el marido? ... 477
385 Cuando el reemplazo está declarado obligatorio para el marido, tendrá la mujer acción contra éste? Crítica de la doctrina de Troplong ... 479
386 Tiene la mujer acción contra el marido cuando la convención no fija plazo en el que debe ser hecho el reemplazo? ... 481
387 La cláusula de empleo tiene efecto contra los terceros? ... 482
388 Consecuencias que resultan de la nueva jurisprudencia ... 484
389 Pueden los esposos estipular que la cláusula de empleo será obligatoria para con los terceros? Cuál es el efecto de esta cláusula? Hace los bienes inenajenables? Quid si los terceros pagan sin que haya reemplazo? ... 485
390 La cláusula de reemplazo obligatorio, dispensa al marido de la declaración de reemplazo y á la mujer de la aceptación? ... 488
391 Quid si la cláusula dice que la primera adquisición hecha por el marido servirá de reemplazo? ... 490

SECCION II.—Del pasivo de la comunidad.

392 Las deudas de la comunidad son deudas de una persona moral distinta de ambos esposos? Examen de la cuestión en lo que se refiere á los acreedores del marido ... 491
393 Examen de la cuestión en lo que toca á los de la mujer ... 493
394 Los esposos pueden compensar sus deudas con los créditos de la comunidad. El marido, la mujer? ... 495

Artículo 1. De las deudas que entran en el pasivo de la comunidad.

§ I. Nociones generales.

395 En qué sentido hay un pasivo de la comunidad? ... 496
396 Cuál es el principio que la ley sigue para la composición del pasivo de la comunidad. Aplicación del principio á las deudas presentes. Crítica de la ley ... 497

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

Ptos. Págs.
397 Aplicación del principio á las deudas futuras, especialmente á las deudas que gravan las sucesiones que tocan á los esposos 499
398 Las deudas que entran en el pasivo de la comunidad deben ser también soportadas por ella? Cuándo tienen recompensa contra los esposos? 501
399 Los esposos quedan obligados como deudores personales por las deudas que entran en la comunidad. Cuáles son, en este punto, los derechos de los acreedores del marido y de la mujer? 503

§ II. De las deudas mobiliares de los esposos, anteriores al matrimonio.

Núm. 1. Cuáles deudas son mobiliares.

400 Las deudas muebles de los esposos entran en la comunidad. Qué se entiende por deudas muebles? 506
401 Las deudas hipotecarias entran en la comunidad 506
402 Las rentas constituidas entran en ella 506
403 Las deudas relativas á un inmueble propio entran en ella á reserva de compensación 507
404 Quid de las deudas alternativas y facultativas? 509
405 Quid de las deudas que tienen por objeto un hecho? 509

Núm. 2. Cuáles deudas muebles entran en el pasivo.

406 La deuda debe ser personal al esposo para que esté á cargo de la comunidad 511
407 Quid de las deudas contraídas por el esposo después del contrato de matrimonio y antes de la celebración del matrimonio 512
408 La comunidad debe pagar todas las deudas, pero tiene recompensa para aquellas que están contraídas en interés de los propios de los esposos 513

Núm. 3. Del pago de las deudas.

409 Debe probar el acreedor que la deuda de que reclama el pago contra la comunidad, es anterior al matrimonio? 513
410 Cuándo tienen fecha cierta las deudas de la mujer? 514
411 Puede admitir el juez, según las circunstancias, que la deuda tiene fecha cierta? 515
412 Se aplica el art. 1,410 á las deudas que no pueden probarse por escrito? 516
413 Cuales son los derechos de los acreedores de la mujer cuando la deuda tiene fecha cierta y cuando no la tiene? 517
414 Quid si el marido paga una deuda de la mujer que no tiene fecha cierta? 518
415 Quid si el marido hace reservas al pagarlas? 520
416 Tiene derecho á compensación cuando la deuda es relativa á los propios de la mujer? 520
417 Pueden los acreedores de la mujer embargar las sumas que se han reservado para sus gastos personales? 521

Núm. 4. De la contribución.

418 La comunidad tiene derecho á una recompensa cuando la deuda es relativa á un propio de los esposos. Fundamento del principio 522
419 Qué se entiende por deudas relativas á los inmuebles propios á uno de los esposos? 523
420 Quid si el esposo compra un inmueble del que paga el precio cuando su matrimonio? 525
421 Quid si el esposo compra un inmueble mediante renta vitalicia? Debe la comunidad compensación, y de qué? 526
422 Tiene derecho la comunidad á recompensa cuando paga las deudas muebles que gravan una sucesión inmobiliar vencida á uno de los esposos antes del matrimonio? 527
423 Tiene derecho la comunidad á una recompensa cuando paga el precio de un inmueble que el esposo debe restituir á consecuencia de la resolución ó rescisión de la venta? 528

§ III. De las deudas contraídas durante el matrimonio.

Núm. 1. Pago de las deudas.

I. Deudas del marido.

424 Toda deuda del marido es deuda de la comunidad para con los acreedores. Cuál es el fundamento de este principio? . 528
425 Es necesario, para que el marido obligue á la comunidad, que trate como jefe de ella? 531
426 No debe distinguirse cuál es la fuente de la obligación ni cuál es el objeto de la deuda, ni si aprovecha ó no á la comunidad 531
427 Está obligada la comunidad á pagar las deudas inmobiliares contraídas por el marido durante la comunidad? 532

II. Deudas de la mujer.

428 La mujer no tiene derecho de obligar á la comunidad. Quid cuando se obliga con autorización del marido? 533

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

Pfos. Págs.
429 Por qué las deudas de la mujer autorizada por el marido pueden demandarse en los bienes del marido? 534
430 Quid de las deudas que la mujer contrae como mandataria? 535
431 Quid de las deudas que la mujer contrae con autorización de justicia? 536

Núm. 2. Contribución de las deudas.

432 Cuándo tiene la comunidad derecho á compensación por las deudas del marido ó de la mujer que ha pagado? 536
433 A quién se debe la compensación? Cuáles son los principios que la rigen? 538

§ IV. De las deudas de las sucesiones vencidas á los esposos.

Núm. 1. Principios generales.

I. Aceptación.

434 Principio. Quién puede y debe aceptar una sucesión? 539
435 Aplicación del principio á las sucesiones que vencen al marido. Error de Troplong 539
436 Aplicación del principio á las sucesiones que vencen á la mujer. El marido no tiene calidad para aceptarlas? 540
437 Crítica de la opinión contraria de Pothier seguida por la mayor parte de los autores modernos 544
438 Quid de las sucesiones muebles? De la antigua jurisprudencia. Doctrina de Renusón y sentencia del Parlamento de París. Crítica de la opinión contraria de Durantón y Troplong 546
439 La jurisprudencia no admite que el marido pueda aceptar en nombre de la mujer 549
440 Puede el marido tomar los bienes hereditarios á pesar de rehusarse la mujer en aceptar, y cuáles son las consecuencias de esta aprehensión. Crítica de la teoría de Aubry y Rau 550
441 El pretendido conflicto entre el marido y la mujer, puede ser zanjado por los tribunales, y en qué sentido? Crítica de la teoría de Troplong 553

II. Derechos de los acreedores de la sucesión.

442 Los acreedores tienen acción en los bienes propios de los esposos. La tienen también contra comunidad? 554
443 Tienen los acreedores acción directa en los bienes de la herencia? Bajo qué condición? 555

Pfos. Págs.
444 Hay lugar á distinguir si las deudas son muebles ó inmuebles? 557

Núm. 2. De las sucesiones muebles.

I. Del pago.

445 Las deudas de estas sucesiones están á cargo de la comunidad 558
446 Aplicaciones del principio á las sucesiones que vencen al marido. Quid si el marido paga de sus bienes personales una deuda de una sucesión mueble? 558
447 Aplicación del principio á las sucesiones que vencen á la mujer cuando acepta con autorización marital? 559
448 Quid si acepta con autorización de justicia? 559
449 Quid si el esposo fuere acreedor ó deudor del difunto? Se extinguirían la deuda ó el crédito por confusión? 561

II. De la contribución.

450 Puede la comunidad tener recompensa por las deudas de las sucesiones muebles que paga? 562

Núm. 3. De las sucesiones inmuebles.

I. Del pago.

451 Principio. La comunidad está obligada á pagar las deudas cuanto á los intereses. Tienen los acreedores una acción directa en los inmuebles hereditarios? Quid del usufructo? ... 563
452 Aplicación del principio á las sucesiones que vencen al marido 564
453 Quid si la sucesión vence á la mujer y que acepte con autorización marital? Derogación á los principios generales. 564
454 Quid si la mujer acepta con autorización de justicia? 566

II. De la contribución.

455 La comunidad tiene derecho á una recompensa cuando paga una deuda de una sucesión inmobiliar vencida á uno de los esposos 567

Núm. 4. De las sucesiones parte mueble y parte inmueble.

I. Del pago.

456 Cuando la sucesión vence al marido se aplica el derecho común 568
457 Cuando la sucesión vence á la mujer y que acepta con auto-

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

Núms. Págs.
rización del marido, se aplica el principio del art. 1,419. Por qué la ley no aplica en este caso el principio del artículo 1,413? 568
458 Quid si la mujer acepta con autorización de justicia y si el marido ha hecho inventario? 570
459 Quid si el marido no hizo inventario? 572

II. De la contribución.

460 La comunidad tiene derecho á recompensa en todos los casos en los que paga la parte que uno de los esposos debe soportar 572
461 Se tiene en cuenta en el arreglo de esta contribución, la naturaleza de la deuda? 574
462 Se tiene en consideración el valor del mueble ó el emolumento que la comunidad sacó? 575
463 Quid si el esposo heredero es acreedor ó deudor del difunto de una deuda que le queda propia? 576
464 De la obligación impuesta al marido de hacer inventario. Debe el inventario comprender la estimación de los inmuebles? Quid si el inventario no contiene esta estimación? 577
465 Cuáles son los derechos de la mujer cuando el marido no hace inventario? 578
466 Cuál es la posición del marido que no hace inventario? 580
467 Quid de los herederos de los esposos? 581

Núm. 5. De las donaciones.

468 El principio que rige á las sucesiones se aplica también á las donaciones contractuales y á los legados universales ó á título universal. 581

§ V. De los cargos usufructuarios.

Núm. 1. Interés de las deudas.

469 La comunidad debe soportar, cuanto á los intereses, las deudas propias de los esposos 582
470 Son propias de los esposos las deudas que la ley excluye de la comunidad, aun para con los acreedores. Cuáles son estas deudas? 583
471 Son también propias de los esposos las deudas que sólo entran en la comunidad á reserva de compensación. Cuáles son estas deudas? 584

Núm. 2. Reparación usufructuaria.

472 La comunidad está obligada á los cargos que pesan en el usufructo 585
473 Está obligada á los gastos de reposición. Quid si á falta

Núms. Págs.
de reposición hecha en los bienes de la mujer ó del marido, se hacen necesarias grandes reparaciones. Hay lugar á recompensa en este caso? 585
474 Quid si el marido hace una reconstrucción en un propio de la mujer? Deben estos trabajos asimilarse á grandes reparaciones? Los obreros que tratan con el marido tienen acción directa contra la mujer? 588

§ VI. De los cargos del matrimonio.

475 La comunidad está obligada á los cargos del matrimonio 589
476 Debe soportar sin recompensa, los gastos de manutención y educación de los hijos de primer matrimonio? 589
477 Quid de los hijos naturales reconocidos antes del matrimonio? Quid si son reconocidos durante el matrimonio? 591
478 Los gastos de interdicho así como los gastos de enfermedad están á cargo de la comunidad 592
479 Quid de los gastos y luto de la viuda? 593

§ VII. De los gastos de cédulas, inventario y de partición.

480 Estos gastos entran á cargo de la comunidad. Quid si la mujer renuncia? 594

ARTICULO 2. De las deudas que no entran en el pasivo de la comunidad.

§ I. De las deudas propias á los esposos.

481 Cuáles deudas son propias de los esposos en este sentido, que están excluidas de la comunidad, aun para con los acreedores? 595

Núm. 1. De las deudas inmuebles anteriores al matrimonio.

482 Estas deudas deben ser pagadas por los esposos, y las soportan sin compensación? 595

I. Cuáles son deudas inmobiliares.

483 Definición de las deudas inmobiliares 596
484 La obligación del vendedor de entregar la cosa vendida, cuando se trata de un inmueble, es inmobiliar? 596
485 Quid de la obligación de constituir una servidumbre ó una hipoteca en un inmueble del que el constituyente es propietario? 599
486 Quid de la obligación de vender un inmueble indetermina-

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN © DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

Núms. Pág.
do? Quid de la obligación de vender un inmueble determinado del que no se es propietario? ... 600
487 Cuándo la obligación de constituir un derecho real inmobiliar, es mobiliar? ... 603

II. Derecho del acreedor de una deuda inmobiliar.

488 El acreedor no tiene, en principio, acción en el patrimonio propio del esposo deudor ... 603
489 Quid si se trata de una deuda inmobiliar del marido? ... 603

§ II. De las deudas que entran en la comunidad á reserva de recompensa.

490 Cuáles son estas deudas? ... 605
491 Diferencia entre estas deudas y las que están excluidas de la comunidad ... 605

UANL
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS