

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

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

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

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

§ III.—DE LOS GANANCIALES.

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

257. Según los términos del art. 1,401, la comunidad se compone activamente, 3.º de todos los inmuebles que se adquieren durante el matrimonio. El Código da indistintamente 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 (Daloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 698).

2 Durantón, 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: Traducimos 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 las 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 gravamen. Sucede muy distintamente cuando se compra el usufructo: éste descansa en la persona del vendedor y solo termina con su vida, el adquirente tiene el ejercicio de él mientras dura el usufructo. ¿Y quién es adquirente en el caso? Es la comunidad en nombre de la que la adquisición ha sido hecha. (1)

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

1 Denegada, 16 de Julio de 1845 (Daloz, 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, Durantón, Zachariæ, Odier y Troplong. Compárese la nota de Daloz acerca de la sentencia de la Corte de Casación.

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

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

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

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

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

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

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

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

niales sin observar las formas y las condiciones que la ley prescribe (art. 1,396). Y cuando el contrato de matrimonio estipula la comunidad, conviene por esto mismo en que todos los valores muebles que posee el esposo cuando el contrato, entrarán en la comunidad; convertir estos valores en inmuebles, es cambiar las convenciones matrimoniales, en el sentido de que no tendrán el efecto que debieran tener. El régimen queda el mismo, sin duda; pero ¿por qué los esposos adoptaron este régimen? Para que los valores mobiliarios poseídos por cada uno de ellos formasen el fondo social. Si uno de ellos convierte estos valores en inmuebles, hay un cambio tan radical que puede dudarse que el otro esposo lo hubiese consentido y hubiera contraído. Esto es como una cláusula de realización de todo ó de parte del 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.