

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.



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 mobiliaria 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 (Daloz, 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.



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 quieran 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 herencia 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 consiguien-

1 Troplong, t. I, pág. 206, núm. 575.

2 Pothier, *De la comunidad*, núm. 281. Rodière y Pont, t. I, pág. 419, número 504.

te, no ha lugar á aplicar el art. 1,404 que solo es una consecuencia de la disposición que se refiere á las convenciones.

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; habria 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.



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 contraletas. (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 contraletas 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.