

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).

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 inmueble 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 (Daloz, 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 *proprios de comunidad*, para distinguirlos de los *proprios 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 (Daloz, en la palabra *Domicilio*, número 20).

2 Denegada, 14 de Febrero de 1816 (Daloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 729).