

de aquel día ha comenzado la indivisión. Nó, si el inmueble perteneciera á un sér moral; en este supuesto, el marido hubiera dispuesto de un bien perteneciente á un tercero, lo que haría el acta nula. El texto del Código no decide directamente la cuestión, pero el art. 1,423 la decide implícitamente en materia de legados. El marido lega una ganancial; si el inmueble cae en el lote de sus herederos, el legado es válido. Esto implica que la partición retrotrae al día de la adquisición; luego el inmueble nunca perteneció á un sér moral independiente de ambos esposos.

La misma cuestión se presenta cuando el marido y la mujer hacen donación de una ganancial. Diremos más adelante que la jurisprudencia admite generalmente la validez de esta donación; esto supone que ambos esposos son copropietarios por indiviso, y el art. 1,423 que acabamos de citar, prueba que tal es la teoría del Código. (1)

*Núm. 2. De los actos á título gratuito.*

*I. Donaciones entre vivos.*

*1. Lo que puede dar el marido.*

10. El art. 1,422 somete á restricciones importantes el derecho del marido para disponer á título gratuito. Resulta que, en regla general, el marido no puede disponer á título gratuito de los efectos de la comunidad, que sólo lo puede hacer por excepción. Así, no puede dar inmuebles de la comunidad, ni la universalidad ó una cuota de los muebles. Sólo puede dar efectos muebles á título particular. El Código Civil deroga, en este punto, al derecho antiguo. Según la Costumbre de París (art. 225), el marido podía disponer, sin el concurso de la mujer, de los inmuebles comunes, «por donación ú otra disposición entre vivos, á su pla-

1 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 44, núm. 18 bis VII, IX y X.

cer y voluntad, á persona capaz y sin fraude.» Esto era el derecho común de los países de costumbres. Había excepciones; algunas costumbres sólo consideraban al marido como simple administrador y no le permitían, en consecuencia, dar entre vivos. (1) El Código hace de esta excepción una regla. Ya en el derecho antiguo, el poder del marido para disponer á título gratuito había sido criticado como contrario á la esencia de la sociedad que existe entre los esposos, sea por costumbre, sea por la convención de las partes. El marido, dice Ferrière, puede ser el dueño de los bienes de la comunidad, como jefe, para administrar estos bienes y no para perderlos con premeditación, pues *dar es perder*. La administración hace algunas veces necesarias las enajenaciones, pero las donaciones entre vivos sin causa no debieran ser permitidas en perjuicio del derecho que la mujer tendrá en los bienes de la comunidad por la aceptación que hará de ella. (2) La crítica era justa; los autores del Código la tuvieron en cuenta. Se lee en el discurso de Siméon, orador del Tribunado: «Cuando el marido hipoteca ó enajena, se presume que esto es por necesidad. Recibe un préstamo ó un precio de venta; se cree que hará de él un empleo útil. Hipotecar, vender, es administrar (en el sentido más lato de la palabra); pero dar, bajo cierto aspecto, perder. La disposición á título gratuito excede los poderes de administración, pues *administración y conservación* son términos correlativos, y si la administración exige sacrificios, deben tener una indemnización que la disposición á título gratuito no les puede dar.» (3)

11. El sistema del Código se presta también á críticas; ha innovado, pero se le reprocha que la innovación no es

1 Pothier, *De la comunidad*, núms. 471 y 472.

2 Ferrière, *Costumbres de París*, t. III, pág. 222, núm. 1 (glosa 3.ª del artículo 225).

3 Siméon, *Discurso* núm. 29 (Loché, t. VI, pág. 463). Compárese Troplong, t. I, pág. 277, núm. 885.

bastante radical. Permite al marido dar efectos muebles, lo que comprende al dinero; (1) le prohíbe dar un inmueble; puede dar 100,000 francos y no puede dar una casucha de 100 francos. ¿Es esto racional? Al apartarse de la tradición los autores del Código han quedado bajo el influjo de las ideas tradicionales. No puede explicarse de otro modo la diferencia que hacen entre los inmuebles y los muebles. Seguramente que nadie dirá hoy, con d'Argentrè, que un valor mueble de 100,000 francos sea una cosa vil, y que la posesión de un inmueble, por módico que sea, es cosa más preciosa.

El art. 1,422 prohíbe al marido dar la universalidad ó cuotidad de los muebles, y habla de las disposiciones entre vivos. Esto es desde luego contradictorio. No se puede dar entre vivos la universalidad del mobiliario; aunque el donante diera todos los muebles que posee, esto sería sólo una donación de bienes particulares que el marido está libre de hacer, según el art. 1,422. (2) Para que haya donación universal ó á título universal, es necesario suponer que el marido ha hecho una institución contractual, es decir, una donación de bienes futuros. (3) Esta interpretación, única admisible, conduce á una nueva anomalía. El marido que da todo ó parte del mobiliario que dejará á su muerte no se despoja actualmente, la comunidad queda propietaria; sin embargo, es nula la disposición. Mientras que la donación entre vivos despoja al donante actual é irrevocablemente. Así el marido puede dar valores en dinero ó en obligaciones y acciones por 100,000 francos; puede debilitar á la comunidad con donativos particulares, y no se le permite dar una débil parte del mobiliario por una institución contractual; le

1 Hay una sentencia en sentido contrario de la Corte de Gand, 24 de Marzo de 1836 (*Pasicrisia*, 1836, 2, 73). La Corte ha sentenciado mal. Véase la requisitoria del Procurador General De Bavay (*ibid.*, pág. 74).

2 París, 23 de Noviembre de 1861 (*Dalloz*, 1862, 2, 206).

3 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 143, núm. 66 bis II.

es permitido despojarse y á la comunidad de paso, y no se le permite hacer una liberalidad que no despoja á la comunidad. Puede contestarse que el marido estaría mejor dispuesto á hacer una liberalidad que no le quita ni el goce de la cosa ni el derecho de enajenarla, que una liberalidad por lo que se priva actualmente de la cosa que da. Esto es verdad, pero dudamos que los autores del Código lo hayan así entendido; han hablado sólo de las donaciones entre vivos y entienden por esto una donación actual de bienes presentes. Si hubieran pensado en la institución contractual, hubieran tomado del art. 1,083 una disposición más racional que la del art. 1,422, permitiendo sólo al marido disponer á título gratuito, "para las sumas módicas á título de recompensa ó de otra manera." (1)

12. El art. 1,422, permitiendo al marido disponer á título gratuito de los efectos mobiliarios, agrega una restricción: "Siempre que no se reserve el usufructo." A primera vista, parece singular permitir al marido dar efectos muebles en toda propiedad, y prohibirle dar la nuda propiedad; esto prueba que no siempre puede decirse: quien puede lo más puede lo menos. La anomalía, por lo demás, sólo es aparente; dar es despojarse á sí mismo; en este sentido, los juristas romanos decían: *dar es perder*. Si, pues, el marido quiere dar efectos de la comunidad, es necesario que lo haga de manera que se despoje; es decir, que haga una donación de toda la propiedad. Si daba reservándose el usufructo no se quitaría nada y despojaría á su mujer; la ley no lo pudo autorizar para semejante liberalidad, cuando es un socio el que la hace á expensas de su consocio.

13. El art. 1,422 hace una excepción á la regla que prohíbe al marido disponer á título gratuito de los inmuebles y de la universalidad del mobiliario; puede dar los bienes de la

1 Compárese Mourlón, t. III, pág. 51, núms. 126-128. Toullier, t. VI, 2, pág. 275, núm. 311.

comunidad á los hijos comunes para su *establecimiento*; ¿qué se entiende por *establecimiento*? Esta palabra tiene un sentido técnico en derecho; se entiende no sólo de un establecimiento por matrimonio, sino también de un establecimiento industrial ó mercantil. Es en este sentido como el art. 204 dice que el hijo no tiene acción contra sus padres para un *establecimiento por casamiento ú otro*. Pero si los padres no están civilmente obligados en establecer á sus hijos, están obligados á ello en virtud de un deber natural (t. XVII, número 18). El padre, al establecer á un hijo nacido del matrimonio, paga, pues, una deuda que le es común con la mujer; y es justo que una deuda común á ambos esposos esté soportada por la comunidad, puesto que la sociedad de bienes que forman los esposos tiene por objeto subvenir á los gastos comunes. Es en el mismo sentido como la ley se sirve de la palabra *establecimiento* en el art. 1,427, y es por un motivo idéntico por lo que permite á la mujer obligar á la comunidad en caso de ausencia del marido cuando se trata de establecer á un hijo común. (1)

14. La excepción ha dado lugar á dificultades. Se pregunta primero si el marido pudiera disponer de todos los bienes de la comunidad para el establecimiento de un hijo común. La Corte de Casación ha decidido la cuestión afirmativamente. Creemos que sentenció bien. En nuestro concepto, el texto no deja ninguna duda, lo que es decisivo. El art. 1,422 comienza por decir que el marido no puede disponer á título gratuito de los *inmuebles de la comunidad* ni de la *universalidad de los muebles*. Tal es la regla: ¿cuál es su alcance? No hay duda en cuanto al mobiliario; en lo que concierne á los inmuebles, la prohibición es absoluta, alcanza no sólo á la universalidad de los inmuebles, sino también á los muebles particulares; por esto es que la ley dice en términos generales que el marido no puede disponer de los in-

1 Troplong, t. I, pág. 280, núms. 896 y 897, y todos los autores.

*muebles de la comunidad*. A esta prohibición la ley hace una excepción: siendo absoluta la prohibición, la excepción también lo es; es decir, que el marido puede dar á los hijos comunes todo cuanto le está prohibido dar en general; por consiguiente, puede dar toda la comunidad. La Corte de Casación invoca también el art. 1,423, según el cual la donación testamentaria hecha por el marido no puede exceder de *su parte* en la comunidad; de donde se deduce que las donaciones entre vivos pueden comprender toda la comunidad en provecho de los hijos comunes, se entiende. Esto, en verdad, es un argumento sacado del silencio de la ley, pero está en armonía con la disposición del art. 1,422; ambos artículos, que se siguen, sólo forman una misma disposición que tiene por objeto determinar lo que el marido puede dar á título gratuito. La ley distingue: por testamento el marido sólo puede dar lo que le pertenece después de su muerte; es decir, la mitad de la comunidad; entre vivos, puede dar á los hijos comunes los inmuebles y la universalidad de los muebles, luego toda la comunidad. (1)

15. Los autores aprueban, en general, la decisión que acabamos de analizar, pero le agregan restricciones que dan lugar á nuevas dificultades. Troplong dice que está enteramente de acuerdo con la opinión de la Corte de Casación: el marido puede dar toda la comunidad á un hijo á título de dote. Pero si la mujer no tiene patrimonio personal, y si el marido la deja injustamente sin recursos y la coloca en una dependencia degradante para con sus hijos, entonces es *equitativo* venirle en auxilio y *reducir* una donación que tiene los caracteres de mala voluntad y de *fraude*. Troplong concluye que la mujer tendrá derecho á una *compensación* y podrá exigir una *partición*. Transcribimos esta extraña opinión para dar una idea del modo de ver de un autor

1 Denegada, 2 de Enero de 1844 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 1,174). En sentido contrario, Durantón, t. XI, núm. 281 de la edición de 1844.

que no tiene ningún principio seguro y que en una misma cuestión dice las cosas mas contradictorias. Apartamos desde luego la *equidad* que Troplong invoca; él mismo se funda en un principio jurídico, aquel que prohíbe al marido hacer fraude á los derechos de la mujer. Volveremos á ocuparnos de esta restricción que recibe el poder del marido. Hay que escoger entre el derecho y la equidad. La equidad no da ninguna acción; debe, pues, verse si el derecho permite que la mujer promueva. ¿A qué tiende su acción? No se sabe. Troplong dice que la mujer puede pedir la *reducción* de la liberalidad excesiva hecha por el marido: ¿cuál es el texto, cuál es el principio que autoriza al juez á reducir una donación hecha por el marido en los límites de su poder? Troplong dice después que la mujer puede pedir un reparto: ¿que quiere decir? ¿Pedirá la mujer la partición de toda la comunidad? No hay otra partición; tomará, pues, la mitad de los bienes. ¿Y que sucedería con la donación hecha al hijo? ¿Por qué sólo se le dará la mitad cuando es donatario de todo? Pudiéramos multiplicar estas preguntas y la contestación sería siempre la misma: el derecho de Troplong es un derecho imaginario. ¿Se quiere la prueba? Troplong dice también que la mujer puede pedir una *compensación* y que puede promover por causa de *fraude*. La *compensación* no es una *reducción*, y la acción por fraude tiende á la nulificación del acto fraudolento. Hé aquí, pues, tres principios diferentes que Troplong invoca: ¿á cuál debe atenderse? No puede tratarse de *recompensa* debida por el marido; basta leer el art. 1,437 para convencerse de ello: ¿en dónde está el provecho personal que saca el marido de los bienes de la comunidad dando todos sus bienes á un hijo común? La cuestión no tiene sentido. Queda el fraude. Si el marido hizo la donación en fraude de su mujer, éste puede pedir la anulación; puede, pues, haber lugar á nulidad, pero no puede tratarse de compensación ni de reducción.

16. La Corte de Casación, en una sentencia que dió lugar á estos debates, decide que el marido puede dar toda la comunidad por institución contractual. Este es el punto que ataca Marcadé. Según él, el marido sólo puede disponer de la comunidad por donación entre vivos; en cuanto á los bienes futuros, se debe asimilar la donación á un legado, sólo tiene efecto á la muerte del disponente. Zachariæ enseña igualmente que debe aplicarse á la institución contractual no el art. 1,422 relativo á las donaciones, sino el art. 1,423 relativo á los legados. (1) Creemos que el texto de la ley resiste á esta interpretación. ¿Puede el marido disponer á título gratuito de los bienes de la comunidad? Tal es la cuestión á la que el Código contesta en los arts. 1,422 y 1,423. Distingue las donaciones entre vivos y las donaciones testamentarias. ¿En qué categoría debe colocarse la institución contractual? No es un legado, luego el art. 1,423 no es aplicable. Es una donación entre vivos, en el sentido que la donación inviste actual é irrevocablemente al donatario con la calidad de heredero. Esto decide ya la cuestión. Aun hay más: el art. 1,422 comprende implícitamente la donación de bienes futuros. Lo hemos ya hecho notar (núm. 11). La ley prohíbe al marido disponer de la universalidad del mobiliario; y es imposible hacer semejante disposición si no es por una institución contractual; no se puede dar á título universal por una donación ordinaria. Esto es lo que hemos demostrado en el título *De las Donaciones* (t. XII, núm. 399). El texto de la ley decide, pues, la cuestión. Se pretende que la donación de la comunidad hecha por institución contractual es inejecutable. Supongamos que la comunidad se disuelve y que el marido sobrevive; ¿á quién pasarán los bienes? El donatario no los puede recoger, puesto que sólo los toma á la muerte del donante. En cuanto al marido sólo puede recoger

1 Marcadé, t. V, pág. 530, núm. 3 del art. 1,423. Zachariæ, edición de Mas-sé y Vergé, t. IV, pág. 90, nota 9, y pág. 92, nota 12.

la mitad de los bienes, y la mujer nada puede reclamar, puesto que toda la comunidad fué dada al hijo. La objeción no nos parece seria. La institución contractual no está abierta, luego los bienes dados se dividirán según el derecho común. Si el marido puede tomar la mitad como donante, la mujer también puede tomar la mitad con igual título, pues aceptando ésta como si hubiese concurrido á todos los actos del marido está, pues, como si hubiese dado con él.

17. En nuestra opinión, el marido goza de una libertad absoluta para disponer de los bienes de la comunidad para el establecimiento de los hijos comunes. ¿Debe concluirse que el marido puede dispensar al hijo donatario del reporte eventual de los bienes dados á la sucesión de la madre? Hemos dicho más atrás que los bienes dados por el marido, como jefe de la comunidad, deben ser reportados á la sucesión de la madre por una mitad, cuando la madre acepta. En efecto, aceptando se hace donante; hay, pues, lugar á aplicar el principio en virtud del que el reporte se hace á la sucesión del donante. ¿Se dirá que la mujer, al aceptar, se apropia la donación tal como fué hecha, es decir, con dispensa de reporte? Esto es un motivo de duda. En principio, la mujer que acepta está como si hubiese contraído con el marido y, por consiguiente, como si hubiese consentido todas las cláusulas del contrato. ¿Se aplica este principio al reporte? La Corte de Douai sentenció la cuestión negativamente, y creemos que sentenció bien. (1) Dispensar del reporte es dar de lo disponible; es, pues, privarse de la facultad de hacer liberaciones hasta concurrencia de los bienes dados; se necesita para esto la voluntad del donante; el marido puede dispensar del reporte en lo que le concierne, pero no puede renunciar á un derecho que pertenece á la mujer. En cuanto á la aceptación de ésta, sólo versa en la donación que se apropia

1 Douai, 26 de Enero de 1861 (Daloz, 1861, 2, 235).

por mitad, no se apropia una dispensa de reporte que es enteramente personal al marido. El marido ha dispensado del reporte como donante, y por efecto de la aceptación de la mujer sólo es donante por la mitad; la dispensa de reporte sólo, pues, debe valer por la mitad.

18. Hemos expuesto la teoría del Código según el texto y el espíritu de la ley. Pero si la ley es mala, no pertenece al intérprete el corregirla. La jurisprudencia ha, sin embargo, entrado en esta vía. El marido da efectos muebles de la comunidad á título gratuito: fué sentenciado que la donación es nula si comprende á la mujer parte de la comunidad; en el caso el donativo manual llegaba á la nueve dieciseisava parte del activo mueble de la comunidad. La Corte de Rouen la anuló. Se funda en el espíritu de la ley. ¿Por qué no permite el Código que disponga el marido á título universal? ¿Por qué cuando dispone á título particular se le prohíbe que reserve el usufructo? La ley quiere limitar y poner trabas á la facultad de disponer por interés de la mujer. Luego no puede permitirse al marido disponer de una masa de efectos muebles bajo la apariencia de una disposición particular. La ley prohíbe al marido disponer de una décima parte de los muebles á título universal; y se le permitirá disponer de las nueve décimas á título particular. ¡Esto es absurdo! La Corte concluye que el marido no puede dar más de la mitad de los bienes. (1) Preguntaremos á la Corte en virtud de qué ley ó de qué principio limita el derecho de disponer á título particular, á la mitad más bien que á la tercera ó cuarta parte? ¿Pertenece al juez fijar un límite arbitrario fuera del que la donación es nula? El reproche de absurdo se dirige al legislador, no nos toca á nosotros. ¿Cómo no vió la Corte que su resolución se presta á igual reproche? ¡El marido no puede dar una décima parte

1 Rouen, 25 de Enero de 1860 (Daloz, 1861, 5, 86). En el mismo sentido, Tolosa, 22 de Julio de 1865 (Daloz, 1865, 2, 162).

á título universal y puede dar una mitad á título particular! Sólo hay una vía legal para atacar las donaciones excesivas, es probar que las hizo el marido en fraude de los derechos de la mujer. Hé aquí un principio, pero este principio nada tiene de común con el valor de los bienes dados; volveremos á este punto.

*Núm. 2. De las donaciones que pasan del límite legal.*

19. El art. 1,422 prohíbe al marido dar inmuebles de la comunidad, ó una universalidad de muebles; le prohíbe disponer de los efectos muebles á título particular reservándose el usufructo. La ley no pronuncia la nulidad de las donaciones que pasan estos límites. Sin embargo la jurisprudencia y la doctrina admiten que hay nulidad. La suposición está concebida en términos prohibitivos, y tiene por objeto resguardar los intereses de la mujer contra el abuso del poder del marido. Este es el caso de aplicar el principio de que la prohibición implica nulidad y que hay nulidad virtual cuando una disposición esencial de la ley ha sido violada (t. I, núms. 67 y 68).

20. ¿Cuál es el carácter de esta nulidad? Acerca de este punto no puede haber duda. La disposición que limita el derecho del marido para disponer á título gratuito, no está fundada en una incapacidad del marido, ni en la indisponibilidad de bienes; el único objeto de la ley es resguardar los derechos de la mujer; luego la nulidad sólo se establece por interés suyo, es relativa á su naturaleza. Así sucedía en el derecho antiguo; abundan los testimonios, nos limitaremos á citar el de Renussón: «La donación no podrá valer en perjuicio de la mujer; pero, fuera de su interés, la donación no dejará de valer y tener efecto.» (1) Pero la donación es nula de derecho, en este sentido, que el juez debe pro-

1 Renussón, *De la comunidad*, I, 6, 8, pág. 87.

nunciar su nulidad diz que que la pide la mujer, por el solo hecho de que el marido há traspasado los límites de la ley, pues la donación es nula por violación de la ley. (1)

21. Hasta aquí todos están de acuerdo. ¿Debe concluirse de los principios que acabamos de formular que la mujer puede renunciar al derecho que la ley sólo establece en su favor, concurriendo con el marido en el acta de donación? Esta cuestión está muy controvertida y hay motivos serios para dudar. La mayor parte de los autores se han pronunciado por la validez de la donación hecha con el concurso de la mujer, y la jurisprudencia ha consagrado esta opinión. Nosotros preferimos la opinión contraria, sin aceptar, sin embargo, todos los motivos que se hacen valer para sostener la nulidad de la donación.

Concurrir á la donación, es dar; poco importa que la mujer se limite á consentir la donación renunciando de antemano el derecho que tuviere en pedir la nulidad, ó que figure en el acta como donante. La cuestión está, pues, en saber si la mujer puede disponer de un bien de la comunidad á título gratuito con el concurso de su marido. Creemos que la cuestión, presentada así, debe decidirse negativamente. Recordemos la palabra célebre de Dumoulin: «La mujer no es asociado, sólo espera llegar á serlo,» y sólo lo llega á ser definitivamente cuando acepta la comunidad. Es asociada en teoría, pero durante la comunidad no tiene ningún derecho de socio. Especialmente no es copropietaria; no puede disponer á título oneroso de los bienes comunes; ni siquiera puede intervenir en la administración; la ley dice que sólo el marido administra, que sólo él vende, enajena é hipoteca. Con más razón no puede disponer á título gratuito. La mujer no puede oponerse á lo que el marido hace, aunque éste diera todos los inmuebles de la comunidad y todos sus muebles. Su derecho comienza sólo á la di-

1 Moulón, *Repeticiones*, t. III, pág. 52, núm. 129.

solución de la comunidad. ¿Se concibe que la mujer, que durante el matrimonio es extraña á la comunidad, excluida de la administración, pueda aprobar lo que el marido hace concurriendo á una donación de los bienes comunes? Si tuviera el derecho de aprobar, debiera tener, por consiguiente, el derecho de oposición á lo que hace su marido; lo que arruina el régimen de la comunidad en su esencia. Concluimos que el consentimiento de la mujer es inoperante.

A primera vista parece muy natural que la mujer y el marido, copropietarios, tengan el derecho de disponer de los bienes que les pertenecen en común. Es, sin embargo, fácil convencerse que esto es legalmente imposible. Durante la comunidad, la mujer no es copropietaria, sólo lo es en teoría, no puede hacer ningún acto de propiedad. Y dar es hacer un acto de propiedad; ¿la mujer puede dar lo que es del marido? Dar es transmitir la propiedad actual é irrevocablemente; ¿puede la mujer transmitir la propiedad actualmente, cuando sólo será propietaria si acepta la comunidad? No puede aceptar mientras dura la comunidad; no es, pues, propietaria, y, por lo tanto, no puede dar. ¿Qué se dirá de la irrevocabilidad de la donación que hiciera la mujer de su parte en la comunidad? La mujer concurre hoy á la donación, mañana la comunidad se disuelve y la mujer renuncia; al renunciar pierde todo derecho á la comunidad, está como si nunca hubiera sido asociada y copropietaria. ¿Qué es entonces su concurso á la donación? Un acto inoperante, pues no se sabe si la mujer tiene derecho para concurrir. ¿Se dirá que el concurso es condicional? Esto sería una condición potestativa; y no se puede dar bajo condición potestativa. ¿No tiene la mujer el poder absoluto de renunciar? Un derecho que depende de su aceptación ó de su renuncia, depende de su voluntad, lo que es contrario á la esencia de la donación. (1)

1 Rodière y Pont, t. II, pág. 166, núm. 879. Odier, t. I, pág. 216, núme-

22. No faltan las objeciones y son graves. Pothier está de acuerdo con Lebrún para decir que la donación de los bienes comunes es válida cuando la mujer concurre. La donación es nula por interés de la mujer; la ley no quiere que el marido, por su liberalidad, quite á la mujer el derecho que tiene en la comunidad, si acepta; y no se puede decir que la mujer esté despojada cuando consiente á la liberalidad, y sobre todo cuando da juntamente con su marido: *Nemo volens fraudatur*. (1) Hay muchas respuestas que hacer á esta argumentación. Se supone que la mujer puede renunciar al derecho que la ley establece en su favor. Creemos que esta renuncia estaría viciada en su esencia. En efecto, las trabas y los límites que la ley pone al derecho de disponer á título gratuito, son una protección que concede á la mujer contra los abusos de poder del marido; es una garantía dada á un incapaz. ¿Pueden acaso los incapaces renunciar garantías que la ley establece en su favor por razón de su incapacidad? Nó, seguramente. La mujer no puede renunciar á su hipoteca legal, la ley sólo le permite renunciar al beneficio de su inscripción en provecho de un tercero; y aun para esto ha sido precisa una disposición expresa de la ley para que la mujer tuviera este derecho. La ley no da á la mujer el derecho de renunciar á la garantía del art. 1,422, luego su renuncia es inoperante. Es nula por esto sólo: que tiende á quitar á la mujer el derecho eventual que tiene en todos los bienes dados, cuando el objeto de la ley fué precisamente asegurar este derecho. En vano dice Pothier: *volens non fraudatur*. Esto es muy verdadero cuando el que consiente es capaz para consentir, pero ya no lo es cuando un incapaz es el que renuncia un derecho que la ley le concede pa-

ro 225. Marcadé, t. V, pág. 528, núm. 2 del art. 1,423. Massé y Vergé sobre Zachariæ, t. IV, pág. 90, nota 11.

1 Pothier, *De la comunidad*, núm. 494. Lebrún, *De la comunidad*, págs. 182 y 183.

ra protegerlo contra su incapacidad. Si se admite que el consentimiento de la mujer basta para validar la donación, la garantía del art. 1,422 se hace decisoria. En efecto, si la mujer puede consentir hablando en el acta, puede también consentir aceptando la comunidad, pues la aceptación vale consentimiento, estando la mujer que acepta como si hubiera concurrido á todos los actos del marido. Hé aquí, pues, cuál será la situación de la mujer. Ordinariamente acepta, puesto que en general tiene interés en aceptar; y si acepta no podrá pedir la nulidad de la donación, puesto que aceptar es consentir á la donación. Que si renuncia pierde todo derecho en los bienes de la comunidad, y, por consiguiente, no podrá promover la nulidad de la donación. Luego, acepte ó renuncie, no podrá en ninguna hipótesis pedir la nulidad de la donación. Esto es borrar el art. 1,422 del Código.

Se preguntará cómo debe explicarse la opinión de Pothier. La costumbre de París daba al marido el derecho para disponer á título gratuito de los bienes comunes, pero agregaba una restricción al poder absoluto que le reconocía, es que debía obrar sin fraude. Así, en el derecho antiguo, las donaciones eran válidas, mientras que, según el derecho moderno, son nulas. La mujer no podía pedir la nulidad de las donaciones, según la costumbre de París, sino cuando la donación era hecha en fraude de sus derechos; se concibe, pues, que no era de admitirse cuando hubiera concurrido en el acta; era el caso de decir: *Volens non fraudatur*. Bajo el imperio del Código, al contrario, la mujer puede pedir la nulidad de la donación por esto sólo: por comprender inmuebles ó una universalidad de muebles ó efectos muebles con reserva de usufructo. La situación es enteramente otra. Hay una nueva garantía en provecho de la mujer, es la prohibición de disponer á título gratuito; esta garantía le está concedida para resguardar sus derechos, y no la puede renunciar. Según la

costumbre de París, la mujer no tenía garantía; el marido podía dar, sólo que la mujer tenía una acción por fraude; desde luego no podía invocarse, en favor de la mujer, el principio que prohíbe á un incapaz renunciar una garantía que la ley le concede por razón de su incapacidad.

23. Sin embargo, nos oponen la costumbre de París combinada con los arts. 1,421 y 1,422. La objeción sería decisiva, puesto que tendría por fundamento el texto de la ley. Héla aquí en toda su fuerza: La costumbre de París, después de haber dicho que el marido es señor y dueño de la comunidad, sacaba la consecuencia: «El marido puede vender los bienes de la comunidad, enajenarlos ó hipotecarlos y disponer de ellos por donación á su gusto y voluntad, *sin el consentimiento de su mujer*.» Los arts. 1,421 y 1,422 reproducen este principio, pero restringiéndolo. Según el artículo 1,421, «el marido administra *solo* los bienes de la comunidad. Puede vender, enajenar, hipotecar *sin el concurso de la mujer*» Hasta aquí el Código reproduce la costumbre de París. El art. 1,422 trae la modificación: «El marido no puede disponer de los inmuebles á título gratuito.» Es evidente, se dice, que esta disposición se refiere al principio sentado en el art. 1,421 que no es nada más que una *modificación* al poder del marido en virtud del art. 1,421 para enajenar solo y sin el concurso de la mujer. Se concluye que el art. 1,422 no tiene otro objeto que el de quitar al marido el derecho de hacer *solo y sin consentimiento de la mujer*, donación de los inmuebles, de la universalidad de los muebles ó de los efectos muebles con reserva de usufructo. Luego con el concurso de la mujer el marido puede hacer estas liberalidades. (1)

Creemos que se hace decir á los arts. 1,421 y 1,422 otra cosa de lo que dicen. La costumbre de París sentaba en

1 Mourlón, t. II, pág. 53, nota (edición de Demangeat). Aubry y Rau, tomo V, pág. 328, nota 14, pfo. 509. Colmet de Santerre, t. VI, pág. 150, número 66 bis XIII.

principio que el marido es señor y dueño de la comunidad; es en este sentido que dice que el marido puede disponer de los bienes de la comunidad *sin el consentimiento de su mujer*. ¿Mantiene este principio el Código Civil? Sí, para las actas á título oneroso; por esto es que el art. 1,421 dice que el marido administra *solo* y que puede enajenar *sin el concurso de su mujer*. Nó, para los actos á título gratuito; el Código, al contrario, pone en principio que el marido no puede dar los bienes de la comunidad. Este nuevo principio nada tiene de común con la costumbre de París, puesto que deroga á dicha costumbre; no se puede, pues, invocarla ni el art. 1,422 que dice lo contrario de lo que decía la costumbre de París. De lo que el Código dice que el marido puede disponer á título oneroso sin el concurso de su mujer, no se puede concluir que al prohibirle disponer á título gratuito, entiende decir que el marido puede disponer con el concurso de la mujer, pues cuando el Código dice que el marido puede vender sin el concurso de la mujer, esto significa únicamente que el marido es señor y dueño en lo que se refiere á los actos á título oneroso; y de que es dueño y señor para vender, no se puede concluir que le es permitido disponer á título gratuito con el concurso de la mujer; la consecuencia nada tiene de común con el principio de donde se pretende deducirla. Todo cuanto dice la ley puede reasumirse en dos proposiciones: el marido es señor y dueño en lo que toca á los actos á título oneroso, no lo es para los actos á título gratuito. En cuanto á la cuestión de saber si el marido puede disponer á título gratuito con el concurso de la mujer, el Código no la decide, por la excelente razón de que no la ha previsto.

24. A los serios motivos que acabamos de combatir se han agregado otros que no son muy á propósito para acreditar la opinión que ha triunfado. (1) Hemos dicho que la

1 Troplong, t. I, pág. 282, núms. 905 y 906.

mujer no puede dar directa ni indirectamente, porque no es propietario. ¿Qué responde Troplong? La mujer puede obligarse y obligar á la comunidad cuando obra con autorización de su marido; y obligar á la comunidad, es indirectamente disponer de ella. Hay en este asunto completa confusión de los más diversos principios, puesto que son contrarios. Discutimos la cuestión de saber si la mujer puede *disponer á título gratuito* de los bienes de la comunidad, y se nos contesta: sí, porque puede hacerlo *á título oneroso* con el consentimiento de su marido; y la ley declara que el marido y la mujer autorizada por el marido, no pueden disponer á título gratuito; y en cuanto á la mujer ni siquiera la menciona la ley. Argüir de lo que la mujer tiene derecho de hacer para inducir que puede validar por su consentimiento lo que la ley prohíbe al marido, es seguramente un singular raciocinio.

Troplong agrega que declarar que el marido no puede dar los bienes de la comunidad con el concurso de su mujer, es marcar estos bienes con una indisponibilidad parcial. Este argumento es tan extraño como aquel al que acabamos de contestar. Dos personas se asocian y ponen ciertos bienes en común; su objeto es subvenir á las necesidades de la asociación conyugal y aumentar su fortuna para establecer mejor á sus hijos. Tal es, en derecho y de hecho, la comunidad: ¿que hay común entre esta sociedad de bienes y el derecho de disponer de ella á título gratuito? ¿Se asocian los esposos para hacer liberalidades? ¿Y de que no pueden hacer liberalidades se inducirá que sus bienes están heridos de indisponibilidad? ¿Se asocian para *ganar*, y se concluye de esto que tambien se asocian para *perder*? Dejemos ya estas malas razones y escuchemos lo que dice la Corte de Casación.

25. La sentencia de 1850 fué la que ha fijado la jurisprudencia. La Corte de Casación decide que la donación de inmuebles de la comunidad, hecha por el marido con el

concurso de la mujer, es válida. Decide que la mujer puede con autorización de su marido disponer á título gratuito de los bienes comunes. Creemos que esta sentencia es una de aquellas que, en lugar de interpretar la ley, la hacen; esto es un nuevo Código Civil; es posible que sea mejor que el Código Napoleón; poco importa, la Corte de Casación hace lo que no tiene el derecho de hacer: guardadora de la ley, debe mantenerla, buena ó mala que sea.

La Corte comienza por decir que resulta de la combinación de los arts. 1,421 y 1,422 que la prohibición de disponer á título gratuito no se aplica al caso en el que el marido da con el concurso de su mujer. Hemos ya contestado á este argumento. La Corte agrega que la mujer puede abdicar el beneficio de la prohibición que la ley sólo establece en su favor; aquí la Corte no motiva, afirma; en nuestro concepto la mujer no puede remunerar una garantía que la ley le concede por razón de su incapacidad, y creemos haber demostrado esta proposición.

Viene en segundo la nueva teoría de la comunidad que la Corte de Casación pone en lugar de la teoría legal y tradicional. La comunidad es una sociedad, pero es una sociedad enteramente excepcional; el marido es señor y dueño de los bienes de la comunidad á título oneroso; el único derecho que la ley concede á la mujer contra este poder absoluto, es que prohíbe al marido disponer de los bienes á título gratuito; por lo demás la mujer no tiene ningún derecho de socio, ningún derecho de copropietario. Hé aquí la teoría tradicional. Dumoulin la resumió en estas dos proposiciones: la mujer no es socio, espera que lo será, y sólo lo es cuando acepta; el marido es el amo mientras vive y sólo se vuelve socio cuando muere. Luego, durante la comunidad, el poder del marido en los bienes comunes absorbe los derechos de la mujer. Veamos lo que sucede con esta doctrina, según la sentencia de la Suprema Corte.

La Corte comienza por decir todo lo contrario de lo que decían Dumoulin y Pothier. Según el art. 1,389, la comunidad comienza el día del matrimonio; la Corte concluye de esto que desde aquel día nacen los derechos de los esposos en la comunidad. Sin duda, en teoría; pero en realidad, ¿cuáles son los derechos del marido y cuáles los de la mujer? La tradición y el Código contestan: El marido tiene todos los derechos, á tal punto que es señor y dueño, y la mujer no tiene ninguno. La Corte dice que si los derechos son desiguales, no por eso deja de ser verdad que el *marido y la mujer representan* solos á la comunidad. ¿Es esto lo que dice el art. 1,421? El *marido solo* administra, el *marido* dispone de los bienes comunes, *sin el consentimiento de la mujer*. Luego es el *marido solo* quien *representa* á la comunidad, para usar del lenguaje de la Corte, lenguaje que no es el de la ley. La comunidad, dice la sentencia, *se resume en ellos solos*. Otra vez una expresión que la ley ignora y que implica una nueva idea; debe, al contrario, decirse con la tradición y con el Código, que la comunidad *se reúne en el marido solo*; la mujer no figura en el art. 1,421 sino para ser excluida de toda gestión en los intereses comunes. El principio de donde parte la Corte de Casación, siendo el contrapunto del sistema de la ley, debe conducir á un sistema enteramente diferente del del Código. Nada pone obstáculo, dice la Corte, á que de *común acuerdo* usen *del modo más absoluto* de los bienes que son su *propiedad colectiva*. La tradición dice: sólo el marido es señor y dueño: en este sentido la mujer no es socio. ¿A qué viene hablar de *intereses comunes*, de *propiedad colectiva* y de *poder absoluto* de ambos esposos para disponer? No hay en el Código una sola palabra que no esté en abierta oposición con esta nueva doctrina. Donde hay comunidad hay sin duda intereses comunes; ¿pero quién los gestiona? ¿Se hace esto de *común acuerdo*, es decir, por concurso de voluntades? El Código contesta que el marido *so-*