

secuencia, en la realidad de las cosas. Si, pues, la mujer, después de haber aceptado ó renunciado durante la instancia, tuviese interés en retroceder sobre lo hecho, creemos que podría hacerlo.

§ VI.—DEL RESTABLECIMIENTO DE LA COMUNIDAD.

*Núm. 1. Condiciones.*

353. «La comunidad disuelta por la separación de cuerpos ó de bienes solamente puede ser restablecida por el consentimiento de las partes» (art. 1,451). ¿Por qué permite la ley restablecer la comunidad cuando una sentencia pronunció su disolución? Pothier contesta que la vuelta á la ley del contrato de matrimonio, es favorable. El deseo de la ley es que las convenciones matrimoniales no reciban ningún cambio. Si la ley da á la mujer el derecho de pedir la separación de bienes, es porque los hechos prueban que la sociedad formada por los esposos no alcanza el objeto que los cónyuges se habían propuesto, haciendo temer el desorden en los negocios del marido que la dote y las devoluciones de la mujer estén comprometidas. Importa, entonces, poner fin á un régimen que sumiría á toda la familia en la miseria. Pero esta situación puede cambiar; el marido puede volver á hacer fortuna, puede corregirse de sus costumbres de disipación. Importa, entonces, á los esposos y á sus hijos que la comunidad se restablezca, puesto que la asociación está más favorable para la prosperidad común que el estado de separación. (1)

354. La ley exige el consentimiento de ambas partes. Como la mujer es quien pide la separación, se pudiera creer que debe bastar su consentimiento para hacerla cesar. En el

1 Pothier, *De la comunidad*, núm. 523. Duveyrier reproduce las palabras de Pothier (*Informe*, núm. 35, en Loaré, t. VI, pág. 424). Troplong, t. I, página 424, núm. 1463.

derecho antiguo esta pretensión se admitía; fué sentenciado que la comunidad no podía ser restablecida por sólo la voluntad de la mujer que se desistía de la demanda de separación. En efecto, la comunidad es una convención, y no hay convención sin concurso de consentimiento; estando disuelta la convención que había formado la comunidad, se necesita un nuevo concurso de consentimiento para restablecerla. Esto está también fundado en razón. La sentencia que pronunció la separación da derechos á los esposos; no se les puede quitar sin su voluntad: el marido puede preferir la separación á la comunidad, y no sería justo restablecerla á pesar suyo. Con mayor razón el marido no puede obligar á su mujer á restablecer la sociedad de bienes, aunque probase que el desorden de sus negocios ha dejado de existir y que ya no hay nada que temer para la dote y las devoluciones de la mujer. (1)

355. La ley exige que el consentimiento de los esposos conste en acta notariada y con minuta (art. 1,451). Esta formalidad está requerida aun en el caso en que la separación de bienes es una consecuencia de la separación de cuerpos. Los esposos pueden siempre restablecer la vida común; basta que consientan en ello, ninguna formalidad está requerida. Se pudiera creer que estando establecida la vida común, la separación de bienes no tiene ya razón de ser, puesto que sólo es una consecuencia de la separación de cuerpos; cesando la causa ¿por qué había de continuar el efecto hasta que los esposos hayan consentido por acta auténtica el restablecimiento de la comunidad? Hay para esto un motivo de derecho y una razón moral. Las convenciones matrimoniales son unos actos solemnes, y el restablecimiento de la comunidad es un nuevo contrato de matrimonio: un régimen sucede al otro; se necesita, pues, una convención au-

1 Pothier, *De la comunidad*, núm. 526. Colmet de Santerre, t. VI, pág. 265 núm 103 bis III.]

téntica en el espíritu de la ley. Este es el único medio de asegurarse que los esposos consienten libremente en que la sociedad de bienes esté restablecida; es menester que no lo sea á pesar suyo; pueden tener interés en mantener la separación de bienes, y si la sociedad de personas tuviese por consecuencia necesaria la sociedad de bienes, pudieran preferir permanecer separados de cuerpos; la ley que favorece la reunión de los esposos, debía, pues, dejarles entera libertad para lo que se refiere al arreglo de sus intereses pecuniarios. La intervención de un oficial público en el acta que restablece la comunidad garantiza la libertad de las partes contratantes y asegura á la vez la irrevocabilidad de sus convenciones; una acta privada puede destruirse fácilmente; de modo que dependería de los esposos mantener la comunidad ó volver á la separación de bienes, lo que es contrario al principio de inmutabilidad de las convenciones matrimoniales. (1) Es por el mismo motivo por lo que el acta auténtica debe estar formado en minuta.

356. La ley quiere además que una copia del acta se publique en la forma del art. 1,445. Esta condición está prescripta por interés de los terceros. El restablecimiento de la comunidad devuelve al marido los poderes en los bienes comunes y en los bienes personales de la mujer que tenía perdidos por la separación. Por su lado, la mujer pierde la administración y el goce de sus bienes; cambia realmente de estado, pues estaba libertada de la potestad marital en lo que se refiere á la administración de sus propios y vuelve á caer bajo esta potestad al restablecerse la comunidad. Los terceros tienen grande interés en conocer la situación nueva de los esposos.

¿Cuáles son las formas que deben observarse para la publicidad de la convención que restablece la comunidad? El art. 145 trasladada al art. 1,445; esta disposición ha recibido

1 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 264, núms. 103 bis II y III.

un complemento en el art. 872 del Código de Procedimientos. De ahí la cuestión de saber si se deben observar, para el restablecimiento de la comunidad, las formalidades que prescribe el art. 872 para la publicidad de la sentencia de separación. La negativa es segura. Habrá sin duda igual razón para extender á la convención que restablece la comunidad, las formas que la ley prescribe para hacer pública la separación, pero el legislador no lo hizo. Este es un olvido y no pertenece al intérprete llenar los vacíos de la ley, puesto que esto sería crear nulidades; es decir, hacer la ley. La convención que restablece la comunidad puede, pues, oponerse á los terceros aunque no se haya hecho pública en la forma del art. 872, siempre que las formas del art. 1,445 hayan sido observadas. (1) Se entiende que la comunidad no quedaría restablecida para con los terceros si la convención no hubiese sido publicada conforme al art. 1,445. (2) Se llega en este caso á un singular resultado: es que la comunidad está restablecida entre los esposos, mientras que para los terceros están separados de bienes; este es el habitual efecto que produce la falta de publicidad. Cuando la publicidad prescripta por nuestra Ley Hipotecaria para las convenciones matrimoniales no tuvo lugar, se produce la misma consecuencia. Las cláusulas que derogan la comunidad legal no tienen ningún efecto para con los terceros, mientras que son válidas entre las partes. Hay además una anomalía aparente que debe explicarse. Cuando las formalidades exigidas para la publicidad de la sentencia no han sido llenadas, el marido puede prevalerse de ello y oponer la nulidad de la separación. ¿Por qué no puede prevalerse de la nulidad de la convención que restablece la comunidad cuando las formas no han sido llenadas? La razón es sencilla

1 La cuestión está, sin embargo, controvertida. Véanse las citaciones en Aubry y Rau, t. V, pág. 410, nota 82, pfo. 516. Debe agregarse en el sentido de nuestra opinión, Colmet de Santerre, t. VI, pág. 265, núm. 103 bis III.

2 Aubry y Rau, t. V, págs. 410 y siguientes, nota 83, pfo. 516 (4ª edición).

lla: es porque las partes no pueden prevalerse de la inobservancia de las formas que ellas mismas tienen obligación de llenar, cuando estas formas están establecidas por interés de los terceros. (1)

357. El art. 1,451 prescribe también una condición muy esencial para la validez de la convención que restablece la comunidad; dice: "Toda convención por la cual los esposos restablecieren la comunidad, bajo condiciones diferentes de las que la regían anteriormente, es nula." Es, pues, necesario que la comunidad se restablezca tal cual existía, en virtud de las convenciones matrimoniales de los esposos, expresas ó tácitas. La ley supone que los esposos se habían casado bajo el régimen de la comunidad legal, puesto que trata de la separación de bienes en la primera parte del capítulo II, consagrada al régimen de la comunidad; por consiguiente, los esposos deberán restablecer la comunidad legal sin poder modificarla en nada. Esto es una consecuencia de la inmutabilidad de las convenciones matrimoniales. La ley sólo hace una excepción á este principio, es que el régimen adoptado por los esposos puede ser disuelto por la sentencia del juez que pronuncia la separación de bienes. Pero si los esposos quieren restablecer el régimen que habían adoptado, deben restablecerlo por entero; si les fuese permitido modificarlo, las convenciones matrimoniales estarían cambiadas por la voluntad de los contratantes, lo que está prohibido por el art. 1,395. Hay, además, otra consideración que debía disponer al legislador á mantener la regla de irrevocabilidad de las convenciones matrimoniales en el caso en que esposos comunes en bienes están separados judicialmente: es que la mujer hubiera podido coludirse con su marido para pedir una separación simulada con el fin de cambiar después sus convenciones primitivas; habría que impedir este fraude á la ley; por esto es que el art. 1,451

1 Compárense Rodière y Pont, t. III, pág. 682, núm. 2230.

marca con nulidad la convención que, restableciendo la comunidad, modificaría el régimen adoptado cuando el matrimonio. Lo que dice la ley, en vista de la comunidad legal, se aplica á la comunidad convencional; ambos regímenes no hacen realmente sino uno que la ley llama *régimen comunal*. El mismo principio recibiría también su aplicación al régimen exclusivo de la comunidad y al régimen dotal, bajo los que la mujer puede también pedir la separación de bienes; poco importa que el art. 1,451 esté colocado bajo la rúbrica de *La comunidad legal*; sólo es una consecuencia del principio de la inmutabilidad de las convenciones matrimoniales, y este principio domina todos los regímenes. (1)

358. El art. 1,451 declara nula toda convención que restableciera la comunidad bajo condiciones diferentes que las que la regían anteriormente. ¿Cuál es el alcance de esta nulidad? ¿Es el mismo restablecimiento de la comunidad el que está anulado de modo que continúe la separación, ó la comunidad está restablecida tal cual existía en virtud de las convenciones matrimoniales, de modo que la cláusula que derogaba éstas es la única anulada? La cuestión está controvertida. Creemos que el texto la decide. En efecto, la ley anula *la convención* por la cual los esposos restablecen su comunidad bajo condiciones diferentes, lo que se entiende de la misma convención que restablece la comunidad y no de la cláusula derogatoria. Se niega esto en vano. (2) ¿De qué acaba la ley de hablar? Exige el concurso del consentimiento de ambos esposos, luego una *convención*; además, quiere que esta *convención* se haga en acta auténtica; después pronuncia la nulidad de la *convención* que restablece la comunidad bajo condiciones diferentes; esto es herir de nulidad la *convención* que la ley exige como condición esencial del restablecimiento de la comunidad. Esta interpretación

1 Colmet de Santarre, t. VI, pág. 265, núm. 103 bis IV.

2 Aubry y Rau, t. V, pág. 411, nota 85, pfo. 516, y las autoridades que citan.

está también en armonía con los principios generales del derecho. El art. 1,172 declara nula la convención que depende de una condición contraria á la ley; y los esposos hacen depender el restablecimiento de la comunidad de una condición que la ley prohíbe, puesto que sólo consienten en restablecerla con modificaciones, cuando la ley prohíbe todo cambio. Se niega también que haya condición ilícita. En los términos no la hay, es verdad, pero hay que ver lo que quieren las partes. Quieren otra comunidad distinta de aquella que habían primitivamente estipulado; quieren, pues, una cosa ilícita, y es bajo esta condición como tratan; puesto que restablecen la comunidad modificándola, hay que creer que no la hubieran restablecido sin estas modificaciones. Si, pues, la ley mantuviera el restablecimiento de la comunidad borrando las modificaciones que los esposos han hecho, cambiaría la convención de los esposos; el legislador sólo hace esto en las donaciones y los testamentos, en los que quita las condiciones ilícitas. Esto es una excepción que hay que cuidarse de extender, pues la ley no debe alterar las convenciones de los particulares, las debe sancionar si son válidas y anularlas si vician una disposición prescripta bajo pena de nulidad. Las partes no tienen el derecho de quejarse de ello: hicieron lo que les era prohibido, no hicieron lo que les era permitido; el legislador respeta su voluntad á la vez que la anula. (1)

*Núm. 2. Efecto del restablecimiento de la comunidad.*

359. El restablecimiento de la comunidad es un cambio de régimen; en principio el nuevo régimen no debiera tener efecto sino en lo venidero. Sin embargo, la ley decide que entre los esposos la comunidad está restablecida como si nunca hubiera sido disuelta: «La comunidad restablecida

<sup>1</sup> Colmet de Santerre, t. IV, pág. 266, núm. 103 bis VI. Este es también el parecer de Delvincourt, de Battur y de Troplong.

vuelve á tomar su efecto desde el día del matrimonio; las cosas están vueltas al mismo estado como si no hubiera habido separación.» ¿Por qué la ley hace retrotraer la convención que restablece la comunidad? Esto es siempre para impedir las separaciones simuladas. Uno de los esposos espera una sucesión mobiliar, se la quiere substraer á la acción de los acreedores; con este objeto, la mujer pide la separación de bienes y, por consiguiente, el mobiliar hereditario le queda propio. Después los esposos convienen en restablecer su comunidad; si el restablecimiento no tuviera efecto sino para lo venidero, la sucesión quedaría propia de la mujer y los acreedores de la comunidad no tendrían ningún derecho en ella; lo que sería un fraude á sus derechos si, como se supone, no hubiese causa legítima para la separación. La ley no quiso favorecer convenciones que tienda á violar la ley eludiéndola. Ella sanciona las convenciones serias; si hay razones legítimas para restablecer la comunidad, admite su restablecimiento, pero de modo que los esposos no se sirvan de la ley para defraudar los derechos de terceros. La retroacción está también en armonía con el principio de la irrevocabilidad ó de la unidad de las convenciones matrimoniales; el deseo de la ley es que sólo haya un régimen; si autoriza la separación de bienes, es por resguardar los derechos de la mujer; y cuando los esposos restablecen la comunidad después de que ésta fué disuelta judicialmente, esto prueba que la dote y las devoluciones de la mujer no están peligrando; desde entonces la separación de bienes no tiene ya razón de ser; cae con las causas que la justificaban provisionalmente.

360. La comunidad está también restablecida retroactivamente para con los terceros, en este sentido: que los acreedores del marido tendrán acción en los bienes que durante la separación toquen á los esposos, pues estos bienes son co-

mo si siempre hubiesen hecho parte de la comunidad. Asimismo las deudas contraídas por el marido durante la separación, serán deudas de la comunidad. La ley sólo hace una excepción á este principio; mantiene los actos que hizo la mujer durante la separación, de conformidad con el artículo 1,449; esto es una aplicación de los principios que rigen la validez de las actas. Cualquiera acta hecha en virtud de la ley y conforme con sus disposiciones es válida y la ley debe sancionarla. Y la ley autoriza á la mujer separada judicialmente para que administre sus bienes y enajene sus muebles; las actas hechas por la mujer, en virtud del artículo 1,449, validas en su principio deben, pues, ser mantenidas á pesar de la retroacción. (1) Resulta de esto una aparente anomalía: la mujer está como si siempre hubiera sido común, puesto que la comunidad vuelve á tener efecto desde el matrimonio; estuvo, pues, siempre bajo potestad marital y, lógicamente, debiera concluirse que no pudo hacer ningún acto sin autorización de su marido. Pero la retroacción sólo es una ficción, y las ficciones están siempre en oposición con la realidad de las cosas, jamás puede llevarse hasta sus últimas consecuencias; debe, al contrario, encurrirse en sus legales límites; es decir, no aplicarlas á un orden de cosas para el que no fueron establecidas. En el caso de la retroacción nada tiene de común con los actos que hace la mujer mientras está separada de bienes; por lo tanto, la retroacción no impide que sus actos se mantengan.

*SECCION VI.—De la aceptación y de la renuncia de la comunidad.*

§ I.—DEL DERECHO DE OPCION.

361. «Según la disolución de la comunidad, la mujer ó sus herederos y legatarios tienen la facultad de aceptarla

<sup>1</sup> Pothier, *De la comunidad*, núm. 528. Colmet de Santerre, t. VI, pág. 266, núm. 103 bis V.

ó renunciar á ella» (art. 1,453). Esta facultad es contraria al derecho común que rige á las sociedades; la mujer, al renunciar, se descarga de toda contribución á las deudas sociales; en las sociedades ordinarias no está permitido á un socio el libertarse de las deudas de la sociedad, abandonando su parte en las utilidades y lo que aportó. La mujer aceptará si la comunidad está buena; renunciará si la comunidad está mala: derecho exorbitante que permite á un socio mantener ó romper su contrato según su interés. (1)

Esta excepción es un verdadero privilegio, pues la mujer sola es quien goza de él. Se justifica, por otra parte, perfectamente. Si la mujer tiene una situación privilegiada cuando se disuelve la comunidad, por contra se encuentra fuera del derecho común mientras dura la comunidad. El marido es señor de los bienes comunes; dispone de ellos como dueño absoluto; puede disipar la comunidad ó gravarla con deudas más allá de su haber, sin que la mujer tenga el derecho de oponerse. ¿Cuál es, pues, la posición de la mujer? Pone en sociedad su fortuna mueble, el goce de sus inmuebles y su trabajo; el único derecho que en compensación tiene, es una esperanza: participará en las utilidades si las hay, y puede perder cuanto aportó al matrimonio si el marido todo lo disipa. Sería completamente inícuo que la mujer extraña á la ruina de la comunidad estuviese obligada á aceptar sus desastrosos resultados. El derecho de opción es, pues, como lo dice Duveyrier, no sólo de liberal justicia sino de equidad rigurosa. (2) El marido que gestionó solo debe también responder de su gestión si condujo á la ruina de la asociación; esta es la natural consecuencia del poder absoluto de que goza.

362. No son, sin embargo, estos motivos de justicia los

<sup>1</sup> Mourlón, t. III, pág. 88, núm. 203. Troplong, t. II, pág. 2, núm. 1438.

<sup>2</sup> Barlier, *Exposición de los Motivos*, núm. 20 (Loché, t. VI, pág. 393). Duveyrier, *Informe*, núm. 36 [Loché, t. VI, pág. 424].