

por 10,000, la masa divisible será de 40,000 francos, de los cuales la mitad toca á la mujer; esta podrá, pues, ser demandada hasta concurrencia de 20,000 francos por su parte en la comunidad. Mientras que si ambas deudas se compensaban, la masa sólo sería de 20,000 francos y la mujer no podría ser demandada sino por los 10,000 que toma en la partición; los acreedores tendrían, es verdad, acción contra el marido, pero éste puede estar insolvente; los acreedores están, pues, interesados en que la devolución se haga en naturaleza, y tienen derecho á ello, pues la devolución en naturaleza es la regla, en virtud del art. 1,468. Si se hace por ficción, esto es por comodidad de las partes, pero el derecho está primero que los arreglos. (1)

§ II.—DE LAS RECOMPENSAS DEBIDAS A LOS ESPOSOS.

Núm. 1. Devoluciones.

498. Las recompensas que tienen los esposos contra la comunidad se ejercen por vía de prelación de la masa indivisible (arts. 1,433 y 1,470). La ley llama también á estas prelaciones unas *devoluciones* (art. 1,472); esta es la expresión de la costumbre de París, es muy característica. El esposo *vuelve á tomar* su bien, pues lo que entró en la comunidad en cuanto á sus propios pertenecía al esposo; cuando la disolución de la comunidad *vuelve á tomar* lo que es suyo. Por esto es que lo toma de la masa; éstos son bienes propios que no pertenecen á la masa; es, pues, necesario que se saquen de ella. Las prelaciones, como lo indica la palabra, se hacen necesariamente antes de la partición, puesto que tienen por objeto constituir la masa divisible volviendo á tomar lo que no le pertenece. Si el esposo que tiene una devolución que ejercer consiente en partir antes de haber

1 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 285, núm. 127 bis IV. Rodière y Pont, tomo II, pág. 340, núm. 1071. Amiéns, 10 de Abril de 1861 (Daloz, 1861, 2, 102.)

ejercido dicha devolución, ya no podrá reclamar los derechos que le concede la ley para el ejercicio de sus devoluciones; el art. 1,471 se hace inaplicable. Se diría en vano que se dividió lo que no pertenecía á la comunidad; se le contestaría que era acreedor y que renunció á las garantías que la ley le da para el ejercicio de su crédito; permanece acreedor, pero ya no podrá ejercer los derechos particulares que la ley liga á las recompensas; será un acreedor ordinario. La disposición del art. 1,471 no es de orden público; se permite, pues, á las partes renunciarla. (1)

499. El art. 1,470 determina lo que toma cada esposo: "De la masa de los bienes, cada esposo ó sus herederos toma:

- "1. ° Sus bienes personales que no han entrado en comunidad, si existen en naturaleza, ó aquellos que fueron adquiridos en reemplazo;
- "2. ° El precio de sus inmuebles que han sido enajenados durante la comunidad y de los que no se hizo reemplazo;
- "3. ° Las indemnizaciones que se le deben por la comunidad."

Este texto da lugar á algunas observaciones críticas. El núm. 2 es inútil, puesto que queda comprendido en el número 3, del que sólo es la aplicación más usada. En efecto, ¿cuál es la *indemnización* que debe ordinariamente la comunidad á los esposos? El art. 1,433 contesta: "Si se vende un inmueble perteneciente á uno de los esposos y el precio ha sido entregado á la comunidad, hay lugar á la devolución de este precio en provecho del esposo que era propietario del inmueble vendido." El art. 1,470, núm. 3, se refiere al art. 1,433 y comprende, por consiguiente y ante todo, la indemnización debida por la comunidad por el

1 Denegada, 3 de Mayo de 1867 (de la Corte de Casación de Bélgica) (*Pais-crisia*, 1867, 1, 320).

precio de los propios enajenados, caso previsto por el número 2 del art. 1,470. El doble empleo es evidente.

500. Esto sólo es una negligencia de redacción que no trae ninguna consecuencia práctica. Hay otra que induce al error. El núm. 1 del art. 1,470 dice que el esposo *toma* sus bienes personales *que no han entrado en comunidad* y que los *toma* en la *masa*. Esto es contradictorio é imposible. Si los bienes personales no entran en la comunidad no hacen parte de la *masa*; desde luego, es imposible *tomarlos* de la *masa*; no hay, pues, lugar á *prelación*, ni siquiera puede decirse que los bienes personales de los esposos sean objeto de una *devolución*. *Se vuelve á tomar* lo que ha estado en la comunidad; y si los propios nunca estuvieron en ella es, pues, imposible *volverlos á tomar*. Los propios en la disolución de la comunidad quedan lo que siempre fueron; están en el dominio del esposo; nada tiene que volver á tomar, puesto que no cesó de ser propietario. Sólo que, mientras duró la comunidad, tenía ésta el goce de los propios; este goce cesa de pleno derecho cuando la comunidad se disuelve sin que el esposo tenga que hacer acto de devolución. Esto es evidente para el marido, y lo que es verdad para el marido lo es también para la mujer; ésta vuelve á tomar la administración y goce de sus propios, pero esto se hace sin que sea necesaria ninguna liquidación. Todo cuanto puede decirse para aplicar el art. 1,470, es que, durante la comunidad, los bienes personales de los esposos y los bienes comunes estaban confundidos de hecho, y que esta confusión cesa por una devolución de hecho. Bajo el punto de vista jurídico, nunca hubo confusión y no se efectúa devolución alguna.

Decimos que acerca de este punto la mala redacción de la ley pudiera inducir á error poniendo en la misma línea las devoluciones de los propios y las devoluciones de las indemnizaciones. La mujer ejerce la devolución de las indemnizaciones á título de acreedora; no tiene por este punto

ninguna preferencia sobre los demás acreedores, salvo su hipoteca legal; si los bienes no bastan para pagar á todos los acreedores, la mujer se paga al tanto por ciento como los demás acreedores quirografarios. ¿Se aplica este principio á la devolución de los bienes personales de la mujer? Según el texto del art. 1,470, habría que responder afirmativamente, puesto que la ley asimila la prelación de los propios á la prelación de las indemnizaciones. Esto sería un grave error: Cuando la mujer toma sus propios, obra como propietaria, pues nunca dejó de serlo; y el propietario no está en conflicto con los acreedores; nada reclama, conserva lo que siempre tuvo; no puede, pues, tratarse de una contribución entre él y los demás acreedores. (1)

Troplong dejése engañar por la redacción del art. 1,470; quizá fuera más exacto decir que aprovechó la mala redacción de la ley, para prevalerse de ella, en la cuestión por tanto tiempo controvertida de saber si el esposo ejerce sus devoluciones á título de propietario ó á título de acreedor. El esposo vuelve seguramente á tomar sus propios á título de propietario, pero se necesita para esto, dice el art. 1,470 que los propios existan en naturaleza: tales son los inmuebles propios de los esposos. Lo mismo pasa, dice Troplong, con el dinero propio; y es dinero propio las sumas que constituyen el precio de un inmueble; el esposo vendedor lo vuelve á tomar á título de propietario, lo que le da una preferencia sobre los demás acreedores. Troplong dice que esto es evidente, y, sin embargo, tiene en contra suya el texto y los principios. El art. 1,470 sólo habla de la prelación de los bienes que existen en naturaleza; y los bienes enajenados ya no existen en naturaleza; en cuanto al dinero procedente de la venta se ha vuelto propiedad de la comunidad á título de casi usufructo; si, pues, el esposo los vuelve á tomar, esto es como acreedor. Sin embargo, Troplong lleva el

1 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 287, núm. 128 bis II y III.

error hasta decir que el dinero propio sólo entró en la comunidad á título de *depósito*. ¿Acaso un depositario se vuelve propietario? ¿Acaso un depositario tiene derecho para gastar la cosa?

501. El Código trata de las prelación en la sección titulada: *De la partición de la comunidad después de aceptación*: esto es una operación preliminar de la partición. Síguese de esto que las recompensas debidas á los esposos sólo pueden ejercerse después de la disolución de la comunidad; la devolución es imposible mientras dura la comunidad. En cuanto á los propios el esposo sólo vuelve á tomar su goce; y el goce pertenece á la comunidad. En cuanto á las indemnizaciones comprenden el dinero propio que la comunidad ha percibido y que debe restituir; y se ha hecho propietaria de él como casi usufructuaria, y sólo debe restituirlo cuando cesa su goce.

¿Puede la mujer, durante la comunidad, tomar medidas conservatorias para garantizar el pago de las indemnizaciones que le debe la comunidad? Cuando las devoluciones de la mujer están en peligro puede pedir la separación de bienes, y en el curso de la instancia la ley le permite tomar medidas conservatorias. Traducimos á lo que fué dicho acerca de la separación de bienes. La ley autoriza también á la mujer para tomar medidas conservatorias cuando pide el divorcio ó la separación de cuerpos (art. 270). En todos estos casos la disolución de la comunidad es probable ó inminente; los derechos de la mujer van á abrirse; es justo que se ponga al abrigo de las empresas del marido, contra las que litiga. Pero en el curso ordinario de las cosas ¿puede la mujer tomar medidas conservatorias mientras dura la comunidad? La cuestión se presenta en materia de hipotecas; la aplazaremos.

502. El esposo que reclama una devolución debe probar que se la deben. Esto es de derecho común, que se aplica

aun á la devolución de los propios; esto resulta del artículo 1,404 que establece una presunción de propiedad en provecho de la comunidad en este sentido: que todo inmueble se reputa ganancial si no se *prueba* que uno de los esposos era propietario de él ó lo poseía legalmente antes del matrimonio, ó que le tocó después á título de sucesión ó donación. Hemos explicado esta disposición al tratar del activo de la comunidad. En cuanto á las indemnizaciones que reclama el esposo debe probar que el dinero le es propio y que fué entregado á la comunidad: estos son los términos del artículo 1,433; trasladamos á lo que fué dicho más atrás, particularmente acerca de la cuestión de saber si hay una diferencia, en lo que se refiere á la prueba, entre marido y mujer (núm. 457).

503. Las recompensas debidas por la comunidad á los esposos implican los intereses de pleno derecho desde el día de la disolución de la comunidad. Mientras dura la comunidad, el esposo no puede reclamar los intereses de lo que se le debe (art. 1,473). No todos los autores están acordes acerca de los motivos por los cuales los intereses no se deben durante la comunidad, y acerca de los motivos por los cuales comienzan á correr de derecho pleno después de la disolución. Hay que aplicar por analogía á las compensaciones que la comunidad debe á los esposos, lo que hemos dicho de las recompensas que los esposos deben á la comunidad. Durante el matrimonio, la comunidad no es dudosa, es propietaria en virtud de su cuasiusufructo y obligada sólo á restituir á partir de la disolución; no puede estar obligada á pagar los intereses de una deuda que no existe. ¿Por qué los debe desde el momento que la deuda existe? Es porque las indemnizaciones hacen parte del patrimonio de los esposos, son bienes propios consistentes en dinero propio entregado á la comunidad; y los intereses, así como los frutos, pertenecen al propietario; deben, pues, aprovechar al espo-

so por la misma razón por la cual la comunidad tiene derecho á los intereses y á los frutos de las indemnizaciones que le deben los esposos: son bienes tomados en la masa común por una parte, ó en el patrimonio propio de los esposos por la otra; y los intereses y frutos aumentan la masa á la que pertenecen estos bienes. (1)

Núm. 2. Cómo se ejercen las prelaciones.

504. Supondremos que la mujer acepta; en este caso, las prelaciones son una apelación preliminar de la partición. Esto equivale á decir que las devoluciones se hacen por vía de prelaciones en la masa. El art. 1,471 marca el modo de hacer las prelaciones. Debe distinguirse. Los bienes que existen en naturaleza se vuelven á tomar en naturaleza. Esto era claro, y en realidad no se trata de una verdadera devolución: el esposo era propietario durante la comunidad, continúa siéndolo después de disuelta ésta; no puede tratarse de ejercer estas devoluciones en el dinero, en los muebles y en las adquisiciones. Esto no tendría sentido. La distinción que hace el art. 1,471 es una consecuencia de la redacción incorrecta del art. 1,470; puestó que el Código considera la devolución de los propios como una prelación, debía decir también que esta devolución no se hace como la devolución de las indemnizaciones. En definitiva, no hay que hacer distinciones; hay que dejar á un lado los propios que no se vuelven á tomar, y decir que las prelaciones se hacen primero en el dinero en caja, después en los muebles y subsidiariamente en los inmuebles de la comunidad.

¿Cuál es la razón del orden sucesivo que establece la ley? ¿Por qué si hay dinero no puede el esposo tomar muebles, y por qué sólo puede tomar inmuebles subsidiariamente? El esposo que tiene derecho á una compensación es acreedor:

¹ Compárese Colmet de Santerre, t. VI, pág. 298, núm. 133 bis.

toma el precio, dice el art. 1,433; y todo acreedor no tiene derecho sino á una cantidad de dinero; es, pues, natural que el esposo tome del dinero existente lo que se le debe. Pero el numerario que se halla en la comunidad puede ser insuficiente para satisfacer las devoluciones de los esposos. La ley les permite, en este caso, el pagarse de los bienes muebles é inmuebles que componen la masa. En esto se aparta la ley del derecho común; el esposo es acreedor de una suma de dinero, y la ley dice que se le pague en efectos muebles ó inmuebles. Esto se explica por la calidad de copropietario que tiene el esposo además de ser acreedor. Argüimos colocándonos bajo el punto de vista de la opinión común que pone á ambos esposos en una misma línea y aplica el artículo 1,471 al marido tanto como á la mujer; más adelante haremos nuestras observaciones. El esposo se paga, pues, con muebles ó con inmuebles. ¿Por qué sólo con inmuebles cuando no hay muebles? Es porque la ley tuvo que conciliar su derecho con el de su cónyuge. Los inmuebles se consideran como los más valiosos bienes; si los hay en la comunidad es justo que cada esposo tenga su parte; este es su derecho de copropietario, y bajo este punto de vista el derecho del esposo copropietario es mayor que el derecho del esposo acreedor. Sin embargo, el derecho del esposo acreedor vuelve á tomar su preferencia cuando los muebles son insuficientes; se paga entonces con inmuebles, aunque su deuda absorba todos los de la comunidad. Esto se funda en la equidad; ¿cuál es la causa habitual de las compensaciones reclamadas por los esposos y particularmente por la mujer? El artículo 1,433 lo dice: es la venta de sus propios; y si consiente en vender los inmuebles que le vienen de su familia es para auxiliar á la comunidad en la persona de su jefe. Al despojarse de sus inmuebles en interés de la comunidad es justo que su indemnización consista también en inmuebles.