

puede ceder á un tercero más de los derechos que tiene; si vende su parte indivisa la vende gravada del cargo de compensaciones. (1)

Núm. 3. De los privilegios concedidos á la mujer para el ejercicio de sus devoluciones.

516. La ley concede ciertos privilegios á la mujer para el ejercicio de sus devoluciones. ¿Cuáles son estos privilegios? Hay dos que son seguros: la mujer ejerce su prelación primero que el marido (art. 1,471). En caso de insuficiencia de la comunidad tiene, además, un recurso contra su marido, mientras que el marido sólo tiene acción en los bienes de la comunidad (art. 1,472). La elección de los inmuebles que el art. 1,471 atribuye á la mujer ¿es también uno de sus privilegios? Volveremos á esta cuestión que está controvertida; por ahora basta hacer constar que el relator del Tribunalado comprende la elección de los inmuebles entre los favores que la ley concede á la mujer. Duveyrier dice también cuál es la razón de estos privilegios: «La carencia absoluta de poder y de influencia que siempre alejó á la mujer de todos los actos de administración debe también ser motivo para un favor, una preferencia de que no puede contestarse la justicia y que se realiza por tres medios progresivos.» El relator enumera después estos privilegios en el orden seguido por el Código. Estos favores se relacionan, pues, con el sistema de la comunidad legal, tal como se formó en nuestras costumbres. Durante el régimen el marido es señor y dueño, mientras que la mujer queda extraña á la administración de los intereses comunes, á tal punto que se le ha contestado su calidad de socio. Después de la disolución de la comunidad cambia la situación; el marido es responsable del ejercicio de su poder absoluto, soporta todas las consecuencias de su gestión; la mujer, al contrario, puede subs-

1 Penegada, 6 de Noviembre de 1861 (Dalloz, 1862, 1, 167).

traerse á ellas, renunciando; también puede aceptar; si toma esta resolución la ley la pone aún al abrigo de toda pérdida dándole un beneficio de emolumento, y le asegura también el ejercicio de sus devoluciones garantizándolas por privilegios.

El primero es el más natural; si ambos esposos tienen prelación que hacer la mujer ejerce sus devoluciones antes que el marido. Puede suceder que los bienes comunes no alcancen para satisfacer los derechos de ambos esposos; cualquiera que sea esta insuficiencia no se la puede imputar á la mujer, puesto que de derecho permaneció extraña á la administración de la comunidad. Aunque la comunidad fuese insuficiente habrá ordinariamente una elección que hacer; la ley quiere que la mujer pueda tomar los mejores efectos ó aquellos que más le convengan. Hemos ya justificado la elección de los inmuebles (núm. 505); se trata de las ganancias, el marido es quien las adquiere; no fuera justo que la mujer estuviera en la obligación de tomar inmuebles de que no pudiera sacar algún partido. Si los bienes de la comunidad no bastan para el pago de las devoluciones de la mujer puede ejercerlas en los bienes personales de su marido. Esta preferencia se explica por causa de las devoluciones; los propios de la mujer han enriquecido á la comunidad; el marido que los aprovecha como jefe debe administrar de manera que la mujer vuelva á encontrar en la comunidad los valores que puso en ella. Puede suceder que los bienes comunes no basten para satisfacer las devoluciones de la mujer. Esto supone una mala gestión ó una gestión desgraciada, de la que la mujer no debe sufrir, puesto que ha sido extraña á ella; es, pues, necesaria una garantía para la devolución de sus propios enajenados ó empleados en interés de la comunidad; esta garantía consiste en la acción que tiene contra su marido y en la hipoteca legal que le da la ley para asegurar el pago de sus devoluciones.

517. La ley concede estos privilegios á la mujer para todas sus devoluciones. En la primera línea de sus devoluciones figura el derecho de tomar sus bienes personales que no han entrado en la comunidad (art. 1,470, 1.º) ¿Quiere esto decir que la mujer tenga un privilegio por este punto? Hemos dicho que la ley hace mal en colocar la prelación de los propios entre las devoluciones de los esposos; esto es sencillamente el ejercicio de un derecho de propiedad (número 500); y como todo propietario la mujer no podrá tener preferencia en su marido, y de hecho no tiene ninguna. No se puede decir que vuelve á tomar sus propios antes que su marido; nada importa si los propios existen y si cada esposo puede tomar los suyos. Mucho menos aún puede tratarse de una elección (art. 1,471), y si la mujer vuelve á tomar sus propios ¿con qué derecho había de tener recurso contra su marido? Los privilegios confirman lo que hemos dicho: es que las devoluciones de los propios no son una devolución ni una prelación. (1)

518. La prioridad de las prelaciones no da lugar á ninguna dificultad; ya hemos tratado de la elección de los inmuebles (núms. 505 y 508). Queda la acción que el artículo 1,472 da á la mujer en los bienes de su marido. No debe confundírsela con la acción de compensación. Esta se ejerce en los bienes de la comunidad, y por derogación á los principios generales el esposo se paga lo que se le debe con bienes comunes, y á su elección cuando se trata de la mujer. La acción recursoria, al contrario, que la mujer tiene contra su marido, es una acción ordinaria, se dirige contra su persona y sólo se ejerce en sus bienes cuando el deudor no paga; en este caso la mujer, así como cualquier acreedor, debe proceder por vía de embargo; no puede apropiarse los bienes del marido y mucho menos aún escoger los inmuebles que le convengan; es una acción ordinaria, mientras que

1 Marcadé, t. V, pág. 623, núm. II del art. 1472.

la acción de compensación está sometida á reglas excepcionales. (1)

519. ¿Debe la mujer hacer inventario para gozar del beneficio de los arts. 1,471 y 1,472? Hay controversia; la negativa nos parece segura. (2) El intérprete no puede imponer obligaciones ni crear decaimientos. Y la ley no dice que la mujer deba hacer inventario para el ejercicio de los privilegios que le concede en materia de compensación; su silencio es decisivo. Pueden darse excelentes razones para la necesidad ó la utilidad de un inventario. ¿Cómo hacer constar la insuficiencia de los muebles de la comunidad y el dinero contante cuando los efectos de la misma no han sido inventariados? ¿Y cómo probará la mujer la insuficiencia de la comunidad cuando ejerce sus devoluciones contra el marido? Pero las mejores razones no autorizan al juez para pronunciar el decaimiento de la mujer por falta de inventario. La ley tiene el cuidado de decir en cuáles casos está obligada la mujer á hacer inventario, y determina las consecuencias de la inobservancia de esta formalidad; el juez nada puede agregar á la ley; todo cuanto puede hacer el intérprete es aconsejar la confección de un inventario con el fin de levantar cualquiera dificultad de prueba. Hay sentencias en sentido contrario que se apoyan en el art. 1,433; volveremos á ello al tratar del beneficio de emolumento.

Núm. 4. ¿Tiene el marido los mismos privilegios?

520. Se pregunta primero si el marido ejerce sus prelaciones en naturaleza y por vía de apropiación. Según el texto del art. 1,471 habría que contestar negativamente. La ley empieza por decir que las prelaciones de la mujer se

1 Aubry y Rau, t. V, pág. 364, pfo. 511 (4.ª edición).

2 Véanse las autoridades citadas por Aubry y Rau, t. V, pág. 364, nota 30. Debe agregarse, en el sentido de nuestra opinión, Bruselas, 12 de Enero de 1859 (*Pasicrisia*, 1864, 2, 34.)

ejercen antes que las del marido. Después reglamenta el modo de ejercer las prelación: "*se* ejercen primero en el dinero contante," etc. La palabra *se* se refiere á las prelações de la mujer, de las que se trata en el primer inciso. Así el art. 1,471 nada dice de las prelações del marido y como esta disposición es excepcional no se la puede extender al marido. (1) Sin embargo, la opinión contraria es la que generalmente se sigue, (2) y la admitimos. La dificultad del texto versa sobre el sentido de la palabra *se*. Gramaticalmente se refiere á las prelações de la mujer, esto es verdad. Pero el lenguaje del Código no siempre está conforme á las reglas de la gramática; el legislador francés rehuye las repeticiones. En lugar de decir "las prelações del marido y de la mujer," prefirió servirse del pronombre *se*. Lo que parece indicar que la segunda disposición es general y se aplica al marido tanto como á la mujer, es que el artículo está dividido en dos incisos comprendiendo dos disposiciones diversas. El espíritu de la ley no deja ninguna duda. Según el art. 1,470 "cada esposo toma en la *masa de los bienes* el precio de sus inmuebles y de sus indemnizaciones." Tal es la regla; se aplicó al marido como á la mujer; sigue después el art. 1,471 que reglamenta el modo de hacer las prelações. ¿Hay razón para distinguir, á este respecto, entre el marido y la mujer? En cuanto á la apropiación de los bienes y en cuanto al orden en el que se hace, no hay seguramente alguna diferencia en principio entre ambos esposos. Hacer una *prelación* es tomar bienes en naturaleza; y hay en la comunidad tres clases de bienes: numerario, muebles é inmuebles; es preciso necesariamente que se sepa en qué orden se harán las prelações; tal es el objeto del art. 1,471. El objeto es general, luego la disposición debe serlo también. No es esto decir que no hay ninguna diferencia entre el ma-

1 Esta es la opinión de Colmet de Santerre, t. VI, pág. 290, núm. 132 bis I.
2 Rodière y Pont, t. II, pág. 371, núm. 1093.

rido y la mujer en el ejercicio de sus devoluciones. La mujer tiene sus privilegios que la ley cuida de enumerar; ejerce sus prelações antes que el marido; tiene la elección de inmuebles y tiene un recurso en los bienes de su marido. Estos privilegios tienen su razón de ser, pero no hay absolutamente ninguna para establecer una diferencia entre el marido y la mujer en cuanto á la apropiación de bienes y en cuanto al orden en que se hace. Tal es también la interpretación que el relator del Tribunado da á la ley, como lo hemos dicho más atrás (núm. 516).

521. Duveyrier coloca entre los privilegios de la mujer la elección que la ley le concede en los inmuebles de la comunidad; acerca de este punto el texto parece ser terminante: "la elección de los inmuebles es conferida á la mujer y á sus herederos." Esta elección es un favor, un privilegio; desde luego no puede extenderse al marido porque los privilegios no se extienden. Ni siquiera hay analogía completa á este respecto entre el marido y la mujer. ¿Cuál es la razón de los privilegios que la ley concede á la mujer? El relator del Tribunado lo dice: es porque está excluida de la administración; no es ella quien adquiere los inmuebles, luego no puede estar obligada á tomar aquellos que no le convienen. No se puede decir otro tanto del marido. El compró los inmuebles según sus conveniencias, sus necesidades ó sus gustos, ¿de qué puede quejarse si se le atribuye indiferentemente uno de estos inmuebles? Para con él la elección no tiene razón de ser. Sin embargo, la opinión contraria es generalmente seguida; se apoya en la tradición. Pothier empieza por decir que cuando la masa está fijada la mujer debe tomar los mejores efectos de la comunidad á su elección, hasta completar el monto de sus devoluciones. Después agrega: "después de hecha por la mujer esta prelación, el marido toma igualmente á su elección la suma que importa su devolución." Así la única diferencia que Pothier establece entre

el marido y la mujer es que ésta escoge primero tomando los mejores efectos de la comunidad, pero el marido tiene también elección en lo que queda. (1) ¿Reprodujo el Código la doctrina de Pothier? Nó; dice que las prelación del marido se ejercen después de las de la mujer, pero no distingue la *elección* de la prelación; sólo da elección á la mujer, luego no puede concedérsela al marido. Se diría en vano que esto es argüir con el silencio de la ley, lo que es la peor de las argumentaciones. Esto es olvidarse de que se trata de un privilegio y en esta materia, como en las excepciones en general, se arguye siempre con el silencio de la ley en este sentido: que no puede haber preferencia legal sin texto.

522. Según el art. 1,472, el marido sólo puede ejercer sus devoluciones en los bienes de la comunidad; no tiene acción recursoria en los bienes de la mujer en caso de insuficiencia de los bienes comunes. La razón es sencilla. Si la mujer tiene un recurso contra el marido es porque se supone que la insuficiencia de la comunidad es imputable al marido. Que si los bienes comunes no bastan para satisfacer las devoluciones del marido no puede prevalerse del mal estado de la comunidad, que sólo él ha administrado con un poder absoluto, para hacer á la mujer responsable, puesto que ella ha permanecido legalmente extraña á dicha administración.

¿Podía el marido estipular, por contrato de matrimonio, que en caso de insuficiencia de la comunidad tendrá un recurso en los bienes personales de la mujer? Fué sentenciado que esta singular cláusula es nula porque vicia la comunidad en su esencia. Esto nos parece evidente. Se prevalecían, ante la Corte de Casación de Bélgica, de la libertad de

1 Pothier, *De la comunidad*, núm. 701. Los autores, excepto Colmet de Sarterre, y la jurisprudencia están en este sentido (Aubry y Rau, t. V, pág. 361, nota 22, pfo. 511, y Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 2424.) Hay que agregar la jurisprudencia belga. Lieja, 25 de Febrero de 1865 [*Pasicrisia*, 1865, 2, 127], y Denegada, 29 de Noviembre de 1866 [*ibid.*, 1867, 1, 69]; Bruselas, 3 de Agosto de 1847 [*ibid.*, 1847, 2, 193].

que gozan los esposos para reglamentar sus intereses como les convenga; el art. 1,387 sólo hace excepción á esta libertad en el caso en que las convenciones matrimoniales fueran contrarias á las buenas costumbres y, puede agregarse, al orden público ó á una disposición prohibitiva del Código. Pues bien, se decía, el art. 1,472, al que la cláusula litigiosa deroga, es extraño al orden público y no está redactado en términos prohibitivos. La Corte contesta que hay disposiciones que son virtualmente prohibitivas, en este sentido: que se ligan á la esencia de la comunidad. Tal es el art. 1,472. El relator del Tribunado dice que esto es una consecuencia del poder absoluto de que goza el marido bajo el régimen de la comunidad; y este poder le está concedido como consecuencia del poder marital y de la subordinación de la mujer. Por compensación á este poder absoluto del marido, la ley concede á la mujer ciertos privilegios, entre otros, el del art. 1,472; la mujer no lo podría renunciar por contrato de matrimonio, así como no podría renunciar su derecho de opción (art. 1,453) ni su beneficio de emolumento. Por la misma razón el marido no puede estipular un privilegio que la ley concede á la mujer contra él. ¿Podría estipular que tendrá derecho de renunciar á la comunidad? Nó, seguramente. Por identidad de razón no puede reservarse un recurso en los bienes personales de la mujer cuando la comunidad es insuficiente para llenar sus devoluciones; esto equivaldría á hacer soportar á la mujer la responsabilidad de una gestión que le es extraña y libertar al marido de las consecuencias de su poder absoluto. Si se quiere que la mujer sea responsable hay que darle un derecho igual para administrar, lo que está en oposición con el art. 1,389. Si está legalmente excluida de la administración por un motivo de orden público, la consecuencia que resulta de esta exclusión será también de orden público. Esto decide la cuestión. (1)

1 Casación, 1.º de Diciembre de 1870 (*Pasicrisia*, 1871, 1, 3), y en el recur-

523. Hemos dicho que la mujer no está obligada á hacer inventario para gozar de los privilegios que le conceden los arts. 1,471 y 1,472 (núm. 519). En nuestro concepto el marido no tiene ninguno de estos privilegios; pero, en la aplicación general, que también es la nuestra, el marido tiene derecho de apropiarse bienes de la comunidad, particularmente de inmuebles cuando los muebles son insuficientes. ¿Debe hacer inventario para establecer la insuficiencia, bajo pena de perder su derecho? Nó, por la razón, que es decisiva, de que la ley no le impone esta obligación y no le impone la pena de decaimiento. Hay una sentencia en sentido contrario, pero los considerandos testifican en contra de la decisión. En el caso el marido se había quedado poseyendo los bienes de la comunidad sin hacer constar por inventario la consistencia del mobiliar. Esta negligencia, dice la Corte de Caen, debe tener por consecuencia el hacer *presumir* que encontró en la comunidad valores muebles equivalentes á las devoluciones que tenía que ejercer; la Corte concluye que el marido ó sus herederos no podían ejercer sus devoluciones en los inmuebles. Así es que la Corte declara que el marido perdió su derecho legal, apoyándose en una presunción que ella imaginó! Esto es sobrepasar el poder del intérprete. (1) La sentencia fué casada por otros motivos; el que señalamos bastaba para traer la casación, pues la Corte violaba el artículo 1,350 y subordinaba el derecho que el art. 1,471 concede al marido, á una condición que la ley ignora, sancionando esta obligación por la pérdida de un derecho; lo que constituye un abuso de poder.

Núm. 5. De los derechos de la mujer para con los acreedores.

524. La facultad que el art. 1,471 da á la mujer para

so, Bourges, 10 de Marzo de 1873 [*ibid.*, 1873, 3, 108]. Gante, 29 de Abril de 1874 [*ibid.*, 1874, 2, 394].

1 Caen, 17 de Julio de 1857 (Dalloz, 1859, 1, 491).

pagarse con los bienes de la comunidad, mediante una prelación antes de la partición, le da un derecho de preferencia para con su marido por lo que toca á sus devoluciones; el marido es copropietario de los bienes que componen la masa, pero sólo puede ejercer este derecho después de las prelacións que la mujer tiene derecho de hacer; de manera que el crédito de la mujer es preferido á la propiedad del marido. Nada es más justo que esta preferencia. Las devoluciones que la mujer está en el caso de ejercer tienen su causa en el empleo que la comunidad ha hecho de los propios de la mujer en su interés. En las relaciones de la comunidad con los esposos se puede decir que las devoluciones que representan á los propios no pertenecen á la comunidad; si se hizo propietaria de ellos en virtud de un cuasiusufructo, esto es á reserva de restituirlos; hay, pues, que deducirlos de la masa; sólo después de esta deducción es cuando la masa divisible estará formada y cuando el marido podrá pedir su partición.

525. ¿Goza también la mujer de esta preferencia para con los terceros acreedores? Deben primero distinguirse los acreedores del marido y los acreedores de la comunidad. En cuanto á los del marido es seguro que la mujer puede oponerles su derecho de preferencia. La razón es sencilla y decisiva: los acreedores no tienen otros derechos que los del deudor, en nombre del que promueven; son los derechos del acreedor los que ejercen; están sometidos en este ejercicio á las mismas restricciones que el deudor mismo. Y el marido sólo tiene derecho en los bienes de la comunidad después de hecha la deducción de las prelacións de la mujer; luego los acreedores deben también permitir á la mujer ejercer sus devoluciones antes de poder obrar contra los bienes comunes; la mujer, teniendo un derecho de preferencia para con el marido, lo tiene por la fuerza de las cosas contra los acreedores del marido. Acabamos de decir (núm. 515) que la