KM19
.E8
L31
v.22

U
D346
L

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
BIBLIOTECA
1020013436

347-
L.

Adolfo Sánchez Fuentes

Biblioteca Particular
del Lic.
ANDRES SANCHEZ FUENTES.
Volumen No.....
Estante..... Casillero.....

A 396.

UANL
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
ALERE FLAMMAM VERITATIS

PRINCIPIOS
—DE—
DERECHO CIVIL FRANCES

POR

F. LAURENT

PROFESOR DE LA UNIVERSIDAD DE GANTE

OBRA PREMIADA EN EL CONCURSO QUINQUENIAL DE LAS CIENCIAS MORALES Y POLITICAS.

TOMO XXII

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS
ACERVO JURIDICO
111450
23194

PUEBLA.—1899.
BARROSO HERMANO Y COMP. (SUCESORES), EDITORES
Calle de la Compañía 15. Apartado de correo núm. 4.

BIBLIOTECA

TITULO VI.

(TITULO V DEL CODIGO CIVIL.)

Del contrato de matrimonio y de los derechos respectivos de los esposos.

(CONTINUA.)

CAPITULO II.

DEL REGIMEN DE LA COMUNIDAD.

(Continúa.)

SECCION III.—De la administraión de la comunidad.

ARTICULO 1.°—Poder del marido.

§ 1.°—DEL DERECHO DE SUPOSICION.

Núm 1. De los actos á título oneroso.

I. Poder absoluto del marido.

1. Pothier asienta el principio en estos términos: "El marido, como jefe de la comunidad, está reputado *único señor* de los bienes de la comunidad, mientras dura, y puede disponer de ellos como guste sin el consentimiento de su mujer." Esta es la reproducción del antiguo adagio de costumbres que dice que el marido es *señor y dueño* de la comunidad. Pothier agrega que esto es verdad mientras dura la comunidad; en su disolución, la mujer puede aceptar

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

BIBLIOTECA

TITULO VI.

(TITULO V DEL CODIGO CIVIL.)

Del contrato de matrimonio y de los derechos respectivos de los esposos.

(CONTINUA.)

CAPITULO II.

DEL REGIMEN DE LA COMUNIDAD.

(Continúa.)

SECCION III.—De la administraión de la comunidad.

ARTICULO 1.°—Poder del marido.

§ 1.°—DEL DERECHO DE SUPOSICION.

Núm 1. De los actos á título oneroso.

I. Poder absoluto del marido.

1. Pothier asienta el principio en estos términos: "El marido, como jefe de la comunidad, está reputado *único señor* de los bienes de la comunidad, mientras dura, y puede disponer de ellos como guste sin el consentimiento de su mujer." Esta es la reproducción del antiguo adagio de costumbres que dice que el marido es *señor y dueño* de la comunidad. Pothier agrega que esto es verdad mientras dura la comunidad; en su disolución, la mujer puede aceptar

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

y partir los bienes comunes. En este sentido, Dumoulín decía que la mujer no es socio, pero que espera serlo (número 193); lo alcanza al aceptar; si renuncia, está como si jamás hubiere sido común. Asímismo se decía del marido: "Vive como dueño y muere como socio."

¿Es esta todavía la doctrina del Código? La cuestión está controvertida; unos dicen que el marido es siempre señor y dueño, (1) otros dicen que sólo es ya administrador. (2) Esto es una discusión bastante ociosa, pues el Código determina con cuidado los poderes del marido; no pueden, pues, apocarse, por motivo de ser sólo administrador, y no pueden extenderse, por razón de ser señor y dueño. Sin embargo importa siempre que el lenguaje jurídico tenga precisión rigurosa. El Código no dice que el marido es señor y dueño, pero tampoco dice que sólo sea un simple administrador. Se cita el art. 1,421, que comienza por decir: "El marido administra sólo los bienes de la comunidad." ¿Quiere esto decir que el Código califique al marido de administrador de la comunidad? El art. 1,421 continúa: "Puede vender los bienes, enajenarlos é hipotecarlos sin el concurso de la mujer." ¿Puede un administrador vender é hipotecar? Hé aquí unos derechos que sólo pertenecen al propietario, luego el marido es dueño; se puede, pues, decir como en el derecho antiguo que es señor y dueño de los bienes de la comunidad. Sólo que la ley limita sus poderes en lo que se refiere al derecho de disponer á título gratuito; á este respecto, el Código deroga al derecho antiguo (art. 1,422), pero esta derogación tiene poca importancia. Las donaciones son raras; se encuentran muy pocos maridos dispuestos á dar, pues empobreciendo á la comunidad, se empobrecen ellos mismos ¿A quién se hacen ordinariamente las donaciones entre vivos? A los hijos, á título de dote ó de establecimiento; y el marido puede disponer, á título gratuito, de los bienes comunes para establecer á los hijos. Todo cuanto puede decirse es que el marido es señor y dueño para los actos onerosos, y no lo es ya para los actos á título gratuito.

1 Aubry y Rau, t. V, pág. 325, pfo. 509. Colmet de Santerre, t. VI, página 140, núm. 65 *bis* I.
2 Durantón, t. XIV, pág. 374, núm. 271. Bugnet, sobre Pothier, t. VII, página 258, nota 1.

Aun en el antiguo derecho, los poderes del marido no eran tan absolutos como parecían decirlo las costumbres calificándole de señor y dueño. Pothier, despues de haber dicho que el marido *está reputado único señor* de los bienes de la comunidad y que puede disponer de ellos á su gusto, agrega una restricción: es que el marido nada puede hacer en fraude de la parte á que la mujer ó sus herederos tienen derecho de tener en ella después de la disolución de la comunidad. (1) Esto prueba que el marido es á la vez señor y asociado; como señor dispone de los bienes; como socio no puede disponer de ellos mejorándose en perjuicio de su socio.

2. El marido puede vender y enajenar los bienes de la comunidad sin el concurso de la mujer (art. 1,421). La ley expresa la misma idea por dos términos sinónimos: vender es enajenar; la palabra *enajenar* bastaba, pues. Si el Código dice *vender y enajenar*, es sin duda para marcar la plenitud del poder de disposición que pertenece al marido. Este poder recibe, sin embargo, una excepción según la jurisprudencia. La madre y la abuela dan sus retratos á su hija y nieta casada bajo el régimen de la comunidad. Después de su muerte, el marido se compromete, sin el concurso de su mujer, á devolver á su suegro estos retratos. ¿Tenía este derecho? La Corte de París sentenció que el marido no podía, con esta calidad, obligar á la mujer á devolver los retratos litigiosos. (2) En estricto derecho es difícil justificar la de-

1 Pothier, *De la comunidad*, núm. 467.
2 París, 29 de Marzo de 1873 (Dalloz, 1874, 2, 129).

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

cisión. Los muebles presentes y futuros de la mujer entran en la comunidad, luego también los retratos de familia que pertenecen. Se lee en la sentencia que tal propiedad, enteramente personal por su naturaleza, no puede ser sometida, sin restricción, aun á la aplicación de las reglas relativas á los derechos del marido en los objetos muebles á que pertenecen á la mujer común en bienes. Esto es muy vago; la Corte hace con los retratos de familia una propiedad aparte, sin que se sepa lo que es esta propiedad especial Había otro motivo para resolver. Los muebles dados á uno de los esposos caen en la comunidad, pero el donante puede expresar lo contrario. ¿Es necesario expresar lo contrario cuando se trata de retratos de familia? El art. 1,401 supone que las cosas dadas tienen un valor pecuniario, mientras que los retratos de familia sólo tienen un valor de afecto. Esto es decir que la voluntad contraria de que habla la ley, resulta aquí de la naturaleza misma de la cosa dada.

3. Mantenemos, pues, la regla en los términos absolutos del art. 1,421; á título oneroso, el marido puede enajenar como quiera y bajo las condiciones que guste. Puede, pues, vender la nuda propiedad; y ninguna disposición de la ley prohibe al marido enajenar la nuda propiedad á título oneroso. El art. 1,422, que permite al marido disponer á título gratuito de los objetos muebles de la comunidad, agrega esta restricción: «Siempre que no se reserve el usufructo.» Esta restricción es extraña á los actos á título oneroso; en el caso, el marido no da, vende la nuda propiedad. Ante la Corte de Orleáns se ha invocado contra el marido el artículo 918 que considera como una donación la venta con reserva de usufructo hecha á un succesible en línea recta. Este es un ejemplo curioso de lo que se ve demasiado frecuentemente en la práctica. Se mezclan y confunden todas las disposiciones, todos los principios, sin tener en cuenta el texto ni el espíritu de la ley. Basta leer el art. 918 para

convencerse de que nada tiene de común con el art. 1,422. La Corte hizo justicia con esta extraña confusión. (1)

Se pregunta cuál será el efecto de la reserva de usufructo que el marido habrá hecho en su provecho. Es seguro que este usufructo no será un propio para el marido, pues éste no puede servirse de los bienes de la comunidad en su interés, para constituirse propios. Todo cuanto adquiere se vuelve ganancial; el usufructo pertenecerá, pues, á la comunidad, es decir, á ambos esposos, y sólo se extinguirá con la muerte del último. (2)

4. Asímismo podrá el marido enajenar mediante una renta vitalicia; esto ha sido contestado, pero la jurisprudencia se ha pronunciado en favor del marido. Su derecho no es dudoso; tiene el poder absoluto para vender y enajenar; luego lo puede hacer bajo las condiciones que le parezcan; es verdad que esto es una venta en que se pierde el capital, pero el marido tiene el derecho de perder los bienes comunes. En el caso hay más bien contrato aleatorio que pérdida, la fortuna puede estar de parte de la comunidad, como puede ponerse en su contra. (3)

¿Cuál será el efecto de la constitución de renta? Según el art. 1,971, la renta vitalicia puede ser constituida en la persona del que ministra su precio ó en la persona de un tercero que no tiene ningún derecho para gozar de ella. Puede, dice el art. 1,972, estar constituida en una ó varias personas. Si la renta fué constituida en las personas de ambos esposos, pasa, en caso de muerte de uno de ellos, al supérstite; en totalidad, si fué estipulada reversible por el todo, y, en el caso contrario, por mitad. Si la renta sólo fué constituida en la persona del marido, se extingue con él cuando llega á morir. Si sobrevive ¿tendrá sólo derecho á los ré-

1 Orleáns, 14 de Mayo de 1864 (Dalloz, 1864, 2, 172).
2 Compárese Colmet de Santerre, t. VI. pág. 145, núm. 66 *bis* VI.
3 Reims, 16 de Junio de 1841 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 1,129).

ditos? No, pues el marido no tiene derecho para crearse propios á expensas de la comunidad; éste es, pues, el caso de aplicar la restricción de Pothier: el marido no puede nunca mejorarse á expensas de la comunidad; la renta vitalicia forma el precio de una ganancial; pertenece, pues, á la comunidad y debe ser dividida como todos los demás bienes comunes. (1)

Puede, además, presentarse otra hipótesis: ambos esposos venden conjuntamente por una renta vitalicia con cláusula de reversibilidad en provecho del supérstite. Hemos dicho en otro lugar cuál es el efecto de esta cláusula (t. XXI, número 219).

5. Puesto que el marido puede enajenar, resulta que es propietario y que puede hacer todos los actos para los que la ley exige la capacidad para enajenar. El art. 1,421 aplica el principio á la hipoteca. El marido puede hipotecar porque es propietario. Lo mismo sucede con todos los demás fraccionamientos de la propiedad, servidumbres, enfiteusis, superficie. Según el art 2,172 (ley hipotecaria, art. 100), el abandono por hipoteca puede ser hecho por los terceros detentadores que tienen capacidad para enajenar; fué sentenciado, en consecuencia, que el marido puede abandonar; el abandono conduce á la enajenación; y el marido tiene poder para enajenar. (2) Con más razón puede el marido encarecer. (3)

6. Si el marido tiene derecho para enajenar sin el concurso de la mujer, con más razón tendrá el de administrar *solo*, como lo dice el art. 1,421. Hay que cuidarse de concluir que el marido es un simple administrador. Aquellos que administran el patrimonio ajeno deben gestionar como buenos padres de familia, como lo dice del tutor el Código (art. 450). Ninguna disposición declara al marido responsable de su administración; debe, pues, decirse bajo el imperio del nuevo derecho, lo que Pothier decía bajo el antiguo: «El marido puede á su gusto *perder* los bienes de la comunidad sin responder de ello; puede dejar perecer por prescripción los derechos que dependen de la comunidad, destruirse las casas, romperse los muebles, matar por brutalidad caballos ú otros animales que dependan de la comunidad sin responder hacia la mujer por todas estas cosas.» (1) Diremos más adelante cuáles son los derechos de la mujer cuando el marido abusó de su poder absoluto.

1 Aubry y Rau, t. V, pág. 283, nota 9, pfo. 507. Rodière y Pont, t. II, página 158, núm. 871. Orléans, 28 de Diciembre de 1843, y París, 19 de Diciembre de 1819 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 1,131). Compárese t. XXI, núm. 218, pág. 258.

2 Bruselas, 9 Floreal, año XIII (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 1,128).

3 París, 4 de Marzo de 1815 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 1,134).

Pothier dice que el marido no es responsable; entiende por esto que la mujer no tiene acción contra él, como el menor no la tiene contra su tutor; usa y abusa en calidad de señor y dueño. Pero la jurisprudencia admite que el marido debe dar cuenta de sus gastos si la mujer tiene interés en exigirlo. La mujer pide la separación del cuerpo y abandona el domicilio conyugal; pronunciada la separación se liquida la comunidad; la mujer pretende que el marido ha malgastado efectos de la comunidad. Calificaba estos gastos no justificados de hurtos y ocultaciones. El marido contestó que dueño de la comunidad no tenía que dar cuenta alguna á su mujer durante todo el tiempo que duró la comunidad. Fué sentenciado por la Corte de París que si el marido no es responsable, estaba, sin embargo, en obligación de dar cuenta en este sentido: que debe, cuando la disolución de la comunidad, justificar si no la utilidad ó legitimidad, cuando menos la realidad é importancia de los gastos que ha hecho. Condenó, en consecuencia, al marido, á la com-

1 Pothier, *De la comunidad*, núm. 470.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

pensación de 16,000 francos de lo que no justificaba el empleo. (1)

Esta decisión nos parece contestable. Es muy difícil admitir que el marido tenga que dar cuenta cuando la teoría tradicional, consagrada por el Código, le da el derecho de perder los bienes de la comunidad. Es verdad que este poder absoluto sufre restricciones: el marido debe compensación cuando sacó un provecho personal de los bienes de la comunidad (art. 1,437). ¿Quiere esto decir que el marido deba dar cuenta para probar que no se ha mejorado en perjuicio de su mujer? La ley no dice esto; á la mujer que pretende que el marido le debe compensación, toca probar que sacó provecho de la comunidad. El marido no está obligado á justificar sus gastos, es demandado, y como tal nada tiene que probar. Hay una sentencia de la Corte de Lieja en este sentido. (2)

7. El poder absoluto que tiene el marido en los bienes de la comunidad ¿es de orden público? Según el art. 1,388 los esposos no pueden por sus convenciones matrimoniales, derogar al derecho del marido como *jefe*. Hemos dicho cuál es el sentido de esta disposición (núms. 123-125). No impide que el marido dé mandato á la mujer para administrar la comunidad; sólo que este mando no implica que el marido delegue sus poderes. Los poderes del marido como jefe de la comunidad se ligan al orden público, puesto que proceden del poder marital, y estos poderes no se delegan. El mandato que el marido da á su mujer da lugar á otras dificultades; volverémos á ellas.

II. El poder absoluto del marido y la personificación de la comunidad.

8. Hemos examinado la cuestión de la personificación de

1 París, 19 de Mayo de 1870 (Dalloz, 1871, 2, 40).
2 Lieja, 19 de Diciembre de 1866 (*Pasicrisia*, 1868, 2, 78).

la comunidad bajo el punto de vista del pasivo (núms. 392-394). Réstanos saber si la comunidad debe ser considerada como una persona moral en lo que se refiere á la administración de los bienes comunes. El poder absoluto del marido absorbe los derechos de la mujer, su socio; cuando un solo socio, el marido, es señor y dueño de los bienes comunes, no se ve por qué el legislador crearía un sér ficticio que se distinga de ambos esposos; no hay lugar para la ficción, en presencia del poder absoluto del marido. El art. 1,421 dice que el marido tiene poder ilimitado para disponer á título oneroso; esta es la antigua máxima de costumbre: disponiendo el marido como señor y dueño, es más que inútil imaginar una persona moral en nombre de la que obraría el marido. Esto sería quitar al marido un poder que la ley le concede por razón del poder marital; ya no sería dueño y señor, sería un simple administrador, un gerente. La ley no dice esto y en la doctrina tradicional no podía decirlo; donde hay un amo absoluto, la ficción no tiene razón de ser; y es de principio que la ley no crea personas civiles sino por causa de utilidad, lo más frecuentemente por necesidades públicas, Bajo el punto de vista práctico, la cuestión es ociosa: ¿qué importa que el marido obre como gerente de una persona moral, ó como jefe de la comunidad? Nada hay cambiado en la naturaleza ni en los efectos de los actos de disposición y de administración que tiene el derecho de hacer.

9. La cuestión de la personificación de la comunidad sólo presenta algún interés práctico cuando se trata de actos á título gratuito. Según el art. 1,422 el marido no puede disponer de una ganancial á título gratuito. Si da un inmueble y que por efecto de la partición este inmueble esté puesto en su lote, ¿será válida la donacion? Sí, cuando los esposos son copropietarios por indiviso, pues en este supuesto la partición retrotrae al día de la adquisición, puesto que des-

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

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 gananciał; 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 cuotidad 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 podia disponer, sin el concurso de la mujer, de los inmuebles comunes, «por donación ú otra disposición entre vivos, á su placer 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 Simeón, 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 administación 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 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 44, núm. 18 *bis* VII, IX y X.

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 (Locré, t. VI. pág. 463). Compárese Troplong, t. I, pág. 277, núm. 885.

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 gananciał; 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 cuotidad 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 podia disponer, sin el concurso de la mujer, de los inmuebles comunes, «por donación ú otra disposición entre vivos, á su placer 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 Simeón, 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 administación 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 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 44, núm. 18 *bis* VII, IX y X.

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 (Locré, 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 prohibe 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 prohibe 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 mobiliar; 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 mobiliar 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 mobiliar 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 mobiliares, 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 jurisconsultos 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 prohibe al marido disponer á título gratuito de los inmuebles y de la universalidad del mobiliar; puede dar los bienes de la

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

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

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 *inmuebees de la comunidad* ni de la *universalidad de los muebles*. Tal es la regla: ¿cuál es su alcance? No hay duda en cuanto al mobiliar; 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 harmonía 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 prohibe 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 atenerse? 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 prohibe al marido disponer de la universalidad del mobiliar; 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 Massé 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 (Dalloz, 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 prohibe 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 prohibe 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 (Dalloz, 1861, 5, 86). En el mismo sentido, Tolosa, 22 de Julio de 1865 (Dalloz, 1865, 2, 162).

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

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 prohibe al marido dar inmuebles de la comunidad, ó una universalidad de muebles; le prohibe 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 caráter 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 Dumoulín: «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 Mourlón, *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 conmunidad, 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 prohibe 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.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

principo 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 prohibe 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 socieded 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

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

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 prohibe al marido disponer de los bienes á título gratuito; por lo demas la mujer no tiene ningún derecho de socio, ningún derecho de copropietario. Hé aquí la teoría tradicional. Dumoulín 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 Dumoulín y Pothier. Según el art. 1,389, la comunidad comienza el dia del matrimonio; la Corte concluye de esto que desde aquel dia 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 *reune 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-*

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

lo administra y dispone á título oneroso. Luego ningún concurso tiene la mujer durante la comunidad. La Corte no puede negar los textos, pero saca de ellos una extraña conclusión; á saber, que el marido, en virtud de su mismo derecho soberano, puede autorizar á su mujer en la medida de sus *necesidades* para disponer, á reserva de compensación, de los bienes comunes. La Corte habla de *necesidades* de la mujer, luego se trata de actos á título oneroso. El marido puede, según el art. 1,419, autorizar á la mujer para obligarse, y en este caso, la mujer obliga á la comunidad; si la mujer saca provecho personal de los bienes de la comunidad, debe recompensa por esto (art. 1,437). ¿Quiere esto decir, como lo dice la Corte, que el marido puede autorizar á la mujer para disponer de los bienes comunes en la medida de sus necesidades? El art. 1,419 hace caer en la comunidad las deudas que la mujer contrae con autorización del marido, porque la ley supone que estas deudas conciernen á la comunidad ó al marido, lo que es lo mismo. Si la ley supusiera, como la Corte, que las obligaciones de la mujer están contraídas para sus necesidades, en lugar de ponerlas á cargo de la comunidad las dejaría á cargo de la mujer; esto es lo que sucede cuando el marido rehusa su autorización y que la mujer se hace autorizar por la justicia; entonces obra en el interés de sus necesidades, pero sólo obliga á sus propios. En cuanto á las compensaciones de que habla la Corte Suprema, nada tienen de común con nuestro debate. Lo más á menudo la mujer las debe sin haber contraído personalmente, á consecuencia de actos del marido que éste hace como administrador de sus bienes. Hay que hacerlas á un lado y volver á nuestra cuestión.

Hasta aquí nada dice la Corte de las donaciones que la mujer puede hacer en su sistema de bienes comunes. Siempre se trata de las actas á título oneroso. La mujer, continúa la Corte, puede contratar, «y *no se puede admitir* que

se le impida pedir, con consentimiento marital, *al fondo común* formado en parte con lo que aportó y con el producto de su colaboración, *recursos* que siempre le está permitido tomar en sus *propios bienes.*» ¡No se puede admitir!...Se trata de saber lo que la ley admite. ¿Y dónde se dice que la mujer pueda *pedir* al *fondo común* los *recursos* que tiene derecho de tomar de sus *propios bienes?* El lenguaje es obscuro y la forma no es muy francesa. ¿Qué significan estas expresiones: *tomar recursos de sus bienes propios, y pedir recursos al fondo común?* Se pudiera inducir que la mujer puede disponer del patrimonio de la comunidad como de su propio patrimonio, porque el patrimonio común está formado en parte con lo que aportó y con su colaboración. La asimilación que hace la Corte entre los *fondos comunes* y los *bienes propios* de la mujer es una vez más el contrapunto de la ley, pues ésta dice que la mujer puede disponer de sus propios y que *sólo* el marido dispone de los bienes comunes. La Corte continúa haciendo teoría: «No se puede admitir que la ley que abandona á la mujer la disposición absoluta de su fortuna personal, se haya preocupado de la conservación de los bienes de la comunidad, hasta el punto de marcarlos para con la mujer de una especie de inenajenabilidad.» Si la mujer puede disponer de sus bienes con autorización de su marido, la razón es sencilla, es que es propietaria; y una de las grandes ventajas del régimen de la comunidad es que la mujer puede disponer de sus bienes propios en interés de la sociedad que existe entre ella y su marido. Pero de que pueda disponer de sus bienes propios ¿se concluirá que debe tener el derecho de disponer de los bienes comunes que durante la comunidad son el patrimonio del marido? En cuanto á la pretendida inenajenabilidad de los bienes de la comunidad hemos dicho ya que es imaginaria; el art. 1,421 dice que el marido puede vender, enajenar é

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

hipotecarlos. La ley le prohibe darlos, porque las sociedades no se contraen para perder; se asocia uno para ganar. La Corte no se atreve á afirmar que los bienes de la comunidad están marcados de inenajenabilidad para con la mujer; dice de una *especie de inenajenabilidad*. ¿Si se preguntara á la Corte lo que es una *especie de inenajenabilidad*? Para con la mujer, hay mucho más que una *especie de inenajenabilidad*; hay que decirlo redondamente, hay inenajenabilidad absoluta en este sentido, que la mujer no puede enajenar los bienes comunes, y esto por la excelente razón de que no es propietaria de ellos.

Llegamos por fin á las donaciones de las que la sentencia sólo dice una palabra, bien que sean el único objeto de los debates. La mujer puede, dice la Corte, obligar por sus actos á la comunidad, con consentimiento de su marido. Sí, la ley es la que lo dice: «La mujer puede también tomar de los fondos comunes, aun con intención de liberalidad y bajo la única condición de pagar á la comunidad una compensación igual al provecho personal que de ella ha sacado.» Nosotros decimos. Nó, pues la ley prohibe al marido dar bienes de la comunidad, y no permite á la mujer dar lo que no le pertenece, aunque fuese con consentimiento de aquel que es propietario durante el matrimonio. Si la ley permite á los esposos usar de los bienes comunes en interés propio, á reserva de recompensa, es para sus necesidades, para su utilización y no para hacer liberalidades; basta leer el artículo 1,437 para convencerse de ello. (1)

La Corte de Casación ha persistido en su jurisprudencia. Una sentencia reciente agrega una consideración en el punto capital de la dificultad: ¿Puede la mujer dar lo que no le pertenece? De dos cosas una, dice la Corte: ó se considera á la mujer como copropietaria de los gananciales durante la comunidad, ó sólo se le reconoce una simple esperanza de

1 Denegada, 5 de Febrero de 1850 (Dalloz, 1850, 1, 97).

llegar á serlo por su aceptación, después de la disolución de la comunidad. Si es copropietaria, nada se opone á que pueda enajenar un derecho que ya tiene adquirido: esto es el sistema de la sentencia de 1850. Si sólo tiene esperanza de llegar á ser propietaria, es el sistema tradicional, ningún principio de derecho se opone á que renuncie una esperanza que no se liga á ninguna regla de orden público (1) Esto es decir en otros términos, que no estando establecida sino por interés de la mujer la prohibición de dar, ésta puede renunciarla, porque la prohibición no es de orden público. Esto es lo que contestamos. Si la ley prohibe dar al marido, es para garantizar los intereses de la mujer contra el poder absoluto del marido. Este poder, que procede del poder marital, ¿no es de orden público? ¿Y la mujer no está colocada en un estado de dependencia á consecuencia del poder marital? Tan es esto verdad, que los esposos no pueden, por sus convenciones matrimoniales, derogar al derecho del marido como jefe (art. 1,388). El poder del marido y la dependencia de la mujer se ligan, pues, al orden público; lo que decide la cuestión.

Una sentencia más reciente ha aplicado la doctrina que llamamos nueva á la donación que el marido hace de un crédito con reserva de usufructo en su provecho. La ley prohibe esta reserva (art. 1.422); pero como esto es únicamente por interés de la mujer, la jurisprudencia admite que la mujer puede renunciar á un derecho introducido á su favor. (2)

La decisión es lógica, una vez admitido el principio, por lo tanto desechamos la consecuencia. Debe agregarse que las cortes de apelación se han adherido á la doctrina de la Suprema Corte. (3) Tal es también la jurisprude-

1 Denegada, 31 de Julio de 1867 (Dalloz, 1868, 1, 209).
2 Casación, 23 de Junio de 1869 (Dalloz, 1870, 1, 5).
3 Véanse las citaciones en Rodière y Pont, t. II, pág. 168, nota 2, y en Aubry y Rau, t. V, pág. 328, nota 14, pfo. 509.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

cia de la Corte de Bruselas. (1) Las sentencias favorables á nuestra opinión son anteriores á la jurisprudencia de la Corte de Casación. (2)

26. Volvemos al art. 1,422, suponiendo una donación hecha por el marido sin el concurso de su mujer. La donación es nula en este sentido, que no puede ser opuesta á la mujer. Se pregunta cuándo podra ésta prevalerse de la nulidad. ¿Puede promover durante la comunidad? En nuestra opinión, la negativa es evidente. La mujer no tiene ningún derecho mientras dura la comunidad, no es asociada en este sentido, que el poder absoluto del marido absorbe los derechos de la mujer; ésta, aunque asociada en teoría, no lo es en realidad, sino cuando acepta la comunidad, si renuncia está considerado como si nunca hubiere sido mujer común. De esto, la consecuencia que la mujer no puede invocar la nulidad de las donaciones hechas por el marido fuera de los límites del art. 1,422 hasta que acepte; sólo entonces es cuando tiene interés en promover, porque el el patrimonio común, del que tenía la mitad, está disminuido por las liberalidades legales de su marido.

Todos estan acordes en este punto. (3) Sin embargo, en la opinión general hay un motivo de duda. Se permite á la mujer validar la donación con su consentimiento; logicamente se debiera permitirle atacarlo cuando no ha consentido. Quien puede aprobar puede también desaprobar. Ha sido sentenciado que la mujer puede pedir la nulidad de la donación á la que no ha concurrido, cuando el acta está viciada por una causa cualquiera; (4) esto es de derecho común. Si puede promover durante el matrimonio para atacar una donación en la que es parte, aunque no se sepa si

1 Bruselas, 9 de Abril de 1852 y 9 de Marzo de 1853 (*Pasicrisia*, 1852, 2, 273, y 1853, 2, 186).
2 Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 1,176.
3 Durantón, t. XIV, pág. 379, núm. 275, y todos los autores.
4 Caen, 18 de Febrero de 1850 (Dalloz, 1850, 2, 162).

aceptará ó renunciará, no hay ya razón para rehusar el derecho de promover cuando no ha sido parte. Esto es una dificultad en la opinión general; la hacemos constar porque es un argumento contra esta opinión.

27. Los derechos de la mujer asociada se abren sólo cuando la disolución del matrimonio. Puede aceptar ó renunciar. Si renuncia, pierde toda clase de derecho en los bienes de la comunidad (art, 1,452), luego no puede ya quejarse de que la comunidad esté disminuida por la liberalidad de su marido; extraña á la comunidad la mujer no puede ya promover como mujer común. Para mejor decir, la renuncia de la mujer tiene este efecto, que la comunidad está como si nunca hubiere existido; todos los bienes que la componen quedan propiedad del marido; por consiguiente, las donaciones que hizo de los bienes comunes son plenamente válidas, como lo serían las donaciones de bienes personales. (1) Así sucedería aunque los bienes provinieran de la mujer, ya sea á título propio, ya de la colaboración. Tan es así que la mujer no es asociada durante la comunidad. Sólo llega á serlo cuando acepta.

28. Si la mujer acepta, tiene interés en promover, y se le reconoce este derecho en todas las operaciones. Esto no tiene ninguna duda cuando se admite, como lo hemos enseñado, que el consentimiento de la mujer no valida la donación: su aceptación no la puede validar más que su concurso en el acta. En la opinión general, al contrario, hay una muy seria dificultad. Aceptando, la mujer se apropia todos los actos hechos por el marido, luego está como si hubiera concurrido á la donación; y habiéndola consentido ¿cómo podía atacarla? Esto es, en nuestro concepto, un argumento decisivo contra la opinión general. Los autores no lo contesta porque no preveen la dificultad.

Cuál es el objeto de la acción que la mujer tiene derecho

1 Rodière y Pont, t. II, pág. 177, núm. 889.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

de intentar? Es en realidad una acción de nulidad; la Corte de Casación la califica de acción revocatoria. (1) No nos gusta el término, porque sirve para designar la accción pauliana, y esta última acción difiere grandemente de la acción que pertenece á la mujer. La primera está fundada en el fraude, el demandante debe probar que el acta ha sido hecha en fraude de su derecho; mientras que la mujer que pide la nulidad de una donación hecha por el marido, nada tiene que probar sino que su marido ha dado lo que no tenía derecho para dar.

El objeto de la acción es que se devuelvan á la masa los bienes que habían salido de ella; en este sentido se dice que la acción de la mujer es una acción de reporte. ¿Cómo se hace el reporte? En naturaleza esto se entiende, puesto que el reporte es la continuación de la anulación de la donacion; el bien dado está considerado en cuanto á la mujer como no habiendo salido nunca de la comunidad. Si la donación no estuviera aún ejecutada cuando la disolución de la comunidad, se comprende en la masa repartible; es inútil, en este caso, promover por vía de acción de nulidad. Si el donatario reclamara la cosa, la mujer le opondría la acción por excepción de nulidad. Si la donación hubiese sido ejecutada, lo que sería el caso más ordinario, la mujer deberá pedir la nulidad del acta; la liberalidad será anulada en interés de la mujer, y la cosa volverá á la masa repartible.

Que la cosa dada se encuentre aún en la masa, ó que vuelva á ella, el resultado es el mismo; la cosa está comprendida en la partición, y naturalmente por entero. Para justificar esta decisión se ha invocado el interés de la mujer; esto no basta para promover, se necesita ante todo tener derecho para ello. Y el derecho de la mujer es incontestable, puesto que se funda en la violación de la ley; el reporte es una consecuencia de la nulidad y el acta está nula por el todo, pues-

1 Casación, 14 de Abril de 1855 (Dalloz, 1855, 1, 373).

to que el marido hizo lo que no tenía derecho de hacer; no puede dar la mitad, así como no puede dar el todo. (1) Queda por saber lo que sucede con la donación.

29 Si la cosa dada está puesta en el lote del marido, la donación es válida y naturalmente por entero. En efecto, el marido ha dado todo y en ese caso tenía el derecho de darlo, puesto que por efecto retroactivo de la partición, está como si hubiese sido siempre propietario de la cosa; luego la donación es válida.

Si la cosa está puesta en el lote de la mujer, la donación cae, puesto que la mujer está como si siempre hubiese sido propietaria, y el marido está como si nunca tuviese la propiedad. Luego la donación es nula, aun para con el marido. Este punto está, no obstante, controvertido. Hay autores que aplican por analogía el art. 1,423; cuando el marido lega una cosa que cae en el lote de la mujer, el legatario tiene compensación por el valor total del efecto dado, en la parte de los herederos del marido, en la comunidad y en los bienes personales de este último. Que la cosa sea dada ó legada poco importa, se dice, el motivo para decidir es el mismo; el marido en una y otra hipótesis ha dispuesto de lo que no le pertenecía; si la ley mantiene la liberalidad, debe también mantenerla en caso de donación. (2) En teoría esto es verdad, no hay ninguna razon para distinguir entre la donación y el legado, pero bajo el punto de vista de los textos y de los principios, queda una duda. La donación de cosa ajena es nula, lo mismo que el legado ó la venta de cosa ajena (artículo 1,599); es por excepción al derecho común como la ley da efecto al legado que el marido hace de una cosa de la que está como si nunca hubiese sido propietario. ¿Puede extenderse una excepción por vía de analogía? Esto equi-

1 Mourlón, t. III, pág. 52, núm. 130. Rodière y Pont, t. II, pág. 177, número 889. Colmet de Santerre, t. VI, pág. 146, núms. 66 *bis* VII y VIII.
2 Aubry y Rau, t. V, pág. 330 y nota 16, pfo. 509, y los autores que citan.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

valdría á crear una excepción, y el legislador sólo tiene este derecho, puesto que crear una excepción es hacer la ley. También se ha presentado otra objeción á la opinión general. La donación es anulada, ó no puede recibir ya su ejecución. Si el donatario no tiene acción en virtud del artículo 1,423 ¿en virtud de qué derecho promoverá contra los herederos del donante? Esto sería una acción de garantía, y el donante no está obligado á garantizar al donatario contra la evicción. Si el donatario no puede promover en virtud del art. 1,423, ni en virtud de la garantía, no tiene ninguna acción y, por consiguiente, la donación cae. (1)

Se dice, en favor del donatario, que la nulidad de la donación es relativa; la mujer sola puede prevalerse de ella, el marido no tiene este derecho. Siendo válida la donación para con el marido, debe ejecutarla, si fuere preciso, en sus bienes propios. (2) Creemos que esto es hacer una falsa aplicación del principio que se invoca. No es el marido el que ha pedido la nulidad, es la mujer; á consecuencia de la anulación, la cosa ha vuelto á la masa repartible, y habiendo caído en el lote de la mujer resulta que el marido ha dado la cosa ajena; es, pues, á consecuencia de la retroacción de la partición como cae la donación. Sólo habría un modo de mantenerla, sería diciendo que el principio de la partición declarativa no recibe aplicación al caso. El artículo 883 consagra, en efecto, una ficción; esta ficción es extraña al caso; no está establecida por interés del donante, lo está en favor de los terceros, á los que, durante la indivisión, uno de los propietarios por indiviso ha concedido derechos reales en la cosa. Nos parece que formulando la objeción la hemos contestado. Ambos esposos son copropietarios, puesto que suponemos que la mujer ha aceptado. Durante la indivisión, uno de los copropietarios, el marido,

1 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 148, núm. 66 *bis* IX.
2 Marcadé, t. V, pág. 532, núm. 5 del art. 1,423.

da un bien común, una ganancial; luego por efecto de la partición, el inmueble cae en el lote de la mujer. ¿No es éste precisamente el caso del art. 883? ¿Qué importa que uno de los copropietarios dé, venda ó hipoteque? El principio es idéntico y se aplica á todas las concesiones de derechos reales, por consiguiente, á la enajenación á título gratuito, siendo también la propiedad un derecho real, el más considerable, aquel que los comprende á todos. En definitiva, la donación cae y el donatario no tiene ninguna acción contra el donante ó sus herederos, á no ser que pueda prevalerse del art. 1,423, lo que es muy dudoso. (1)

30. ¿Podría el marido pedir la nulidad de la donación ilegal que ha hecho? No hay que decir que no puede promover en calidad de marido, pues la nulidad no es absoluta, es relativa, y sólo la mujer puede prevalerse de ella. Pero se pretende que puede promover como jefe de la comunidad. Se le compara á un tutor que podría, en nombre de su pupilo, atacar los actos hechos por él irregularmente. (2) Esto nos parece inadmisible. El marido no es el tutor de la mujer, no la representa en todos los actos civiles; administra sus bienes durante la comunidad, y acabamos de decir que la mujer no puede promover durante el matrimonio, sólo tiene derecho de promover cuando acepta. En este momento el marido ya no tiene ningún derecho; en cuanto á la comunidad, en nombre de la que se quiere dar acción al marido, está fuera de causa; en efecto, la comunidad no es otra cosa que el marido y la mujer asociados; y sólo la mujer puede promover la nulidad; el marido, como tal, no tiene derecho de promover. Esto es decisivo.

31. La donación es nula cuando comprende un inmueble

1 Hay, además, otra opinión acerca de esta difícil cuestión, la de Troplong, t. I, pág. 279, núm. 89; ha sido refutada por Rodière y Pont, t. II, pág. 178, núm. 889, y por Aubry y Rau, t. V, pág 330, nota 16, pfo. 509.
2 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 148, núm. 66 *bis*

de la comunidad; es nula cuando el marido ha dado la universalidad ó una cuotidad de los muebles; en fin, es nula cuando el marido ha dispuesto de efectos muebles á título particular, reservándose el usufructo. Bien que haya nulidad en todos estos casos, los efectos difieren según que la donación es inmueble ó mobiliar. Cuando la donación tiene por objeto una ganancial, la acción de la mujer es inmobiliar y puede ejercerla contra terceros, no por causa del principio del art. 2,279—la máxima que *para los muebles la posesión vale título,* está fuera de causa—sino porque los objetos muebles no se encuentran en manos del donatario, ni de un tercero. Si se trata de una universalidad de mobiliar, la donación versa en los bienes futuros; por consiguiente, no produce efecto más que á la muerte del donante, es decir, en el momento en el que la mujer puede oponer la nulidad al donatario que pidiera la ejecución de la institución contractual; y si la donación de efectos muebles fué hecha con reserva de usufructo, el donante se encontrará igualmente en posesión de la cosa dada. (1) Esto es una garantía para la mujer, pues si debiera promover su reivindicación contra tercero, se le podría oponer la máxima del art. 2,279.

El principio de que la acción de la mujer es inmobiliar cuando la donación tiene por objeto una ganancial, tiene una consecuencia importante en el caso en que hay un legatario del mobiliar. No hay que decir que este legatario no tiene la acción inmobiliar que pertenece á la mujer. La Corte de Casación sentenció que tampoco tenía derecho á los valores muebles que hubiesen sido entregados á la mujer en pago del inmueble dado; en efecto, el pago no cambia la naturaleza del derecho: siendo éste inmobiliar, el legatario del mobiliar no puede ya aprovecharlo. (2)

32. ¿Es nula la donación cuando el marido da un inmueble á un hijo de primer matrimonio? Según el art. 1,422, la nulidad no es dudosa; la ley dice terminantemente que el marido no puede disponer de los inmuebles de la comunidad si no es para el establecimiento de hijos comunes. Pero el art. 1,469 parece decir lo contrario. Según los términos de esta disposición, el esposo reporta las sumas que han sido sacadas de la comunidad, ó el valor de los *bienes* que el esposo ha tomado para dotar á un hijo de primer matrimonio. Si el esposo reporta los *bienes,* resulta que la donación es válida, y la ley no distingue entre los bienes inmuebles y los bienes muebles. La Corte de Amiéns concluyó de esto que el art. 1,469 derogaba al art. 1,422. La sentencia fué casada. Es difícil admitir que en un sólo y mismo Código, un artículo derogue á otro; cuando menos debe tratarse de conciliarlos antes de admitir que hay derogación. Y la conciliación es posible en el caso. Es el art. 1,422 el que determina lo que el marido puede y no puede dar; el artículo 1,469 tiene únicamente por objeto reglamentar el reporte de lo que ha sido legalmente dado; luego debe decidirse la cuestión por el art. 1,422 y, por consiguiente, admitir con la Corte de Casación que la palabra *bienes* en el art. 1,469 designa no á los inmuebles que no está permitido dar al marido, sino los bienes muebles, otros que las sumas de que la ley acaba de hablar, tales como valores mobiliares, tan numerosas y tan importantes en nuestro estado social. (1)

1 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 148, núm. 66 *bis* IX.
2 Denegada, 16 de Febrero de 1852 (Dalloz, 1852, 1, 294).

II. De los legados.

33. El art. 1,423 dice que "la donación testamentaria hecha por el marido no puede exceder su parte en la comunidad." Esto es la aplicación de la máxima de costumbres que el marido vive como dueño y muere como socio. El le-

1 Casación, 14 de Agosto de 1855 (Dalloz, 1855, 1, 372).

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

de la comunidad; es nula cuando el marido ha dado la universalidad ó una cuotidad de los muebles; en fin, es nula cuando el marido ha dispuesto de efectos muebles á título particular, reservándose el usufructo. Bien que haya nulidad en todos estos casos, los efectos difieren según que la donación es inmueble ó mobiliar. Cuando la donación tiene por objeto una ganancial, la acción de la mujer es inmobiliar y puede ejercerla contra terceros, no por causa del principio del art. 2,279—la máxima que *para los muebles la posesión vale título,* está fuera de causa—sino porque los objetos muebles no se encuentran en manos del donatario, ni de un tercero. Si se trata de una universalidad de mobiliar, la donación versa en los bienes futuros; por consiguiente, no produce efecto más que á la muerte del donante, es decir, en el momento en el que la mujer puede oponer la nulidad al donatario que pidiera la ejecución de la institución contractual; y si la donación de efectos muebles fué hecha con reserva de usufructo, el donante se encontrará igualmente en posesión de la cosa dada. (1) Esto es una garantía para la mujer, pues si debiera promover su reivindicación contra tercero, se le podría oponer la máxima del art. 2,279.

El principio de que la acción de la mujer es inmobiliar cuando la donación tiene por objeto una ganancial, tiene una consecuencia importante en el caso en que hay un legatario del mobiliar. No hay que decir que este legatario no tiene la acción inmobiliar que pertenece á la mujer. La Corte de Casación sentenció que tampoco tenía derecho á los valores muebles que hubiesen sido entregados á la mujer en pago del inmueble dado; en efecto, el pago no cambia la naturaleza del derecho: siendo éste inmobiliar, el legatario del mobiliar no puede ya aprovecharlo. (2)

32. ¿Es nula la donación cuando el marido da un inmueble á un hijo de primer matrimonio? Según el art. 1,422, la nulidad no es dudosa; la ley dice terminantemente que el marido no puede disponer de los inmuebles de la comunidad si no es para el establecimiento de hijos comunes. Pero el art. 1,469 parece decir lo contrario. Según los términos de esta disposición, el esposo reporta las sumas que han sido sacadas de la comunidad, ó el valor de los *bienes* que el esposo ha tomado para dotar á un hijo de primer matrimonio. Si el esposo reporta los *bienes,* resulta que la donación es válida, y la ley no distingue entre los bienes inmuebles y los bienes muebles. La Corte de Amiéns concluyó de esto que el art. 1,469 derogaba al art. 1,422. La sentencia fué casada. Es difícil admitir que en un sólo y mismo Código, un artículo derogue á otro; cuando menos debe tratarse de conciliarlos antes de admitir que hay derogación. Y la conciliación es posible en el caso. Es el art. 1,422 el que determina lo que el marido puede y no puede dar; el artículo 1,469 tiene únicamente por objeto reglamentar el reporte de lo que ha sido legalmente dado; luego debe decidirse la cuestión por el art. 1,422 y, por consiguiente, admitir con la Corte de Casación que la palabra *bienes* en el art. 1,469 designa no á los inmuebles que no está permitido dar al marido, sino los bienes muebles, otros que las sumas de que la ley acaba de hablar, tales como valores mobiliares, tan numerosas y tan importantes en nuestro estado social. (1)

1 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 148, núm. 66 *bis* IX.
2 Denegada, 16 de Febrero de 1852 (Dalloz, 1852, 1, 294).

II. De los legados.

33. El art. 1,423 dice que "la donación testamentaria hecha por el marido no puede exceder su parte en la comunidad." Esto es la aplicación de la máxima de costumbres que el marido vive como dueño y muere como socio. El le-

1 Casación, 14 de Agosto de 1855 (Dalloz, 1855, 1, 372).

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

gado sólo tiene efecto á la muerte del testador; en este momento el marido no es ya sino un socio, sólo puede disponer de su parte en los fondos sociales. La mayor parte de las costumbres lo explicaban así en términos formales. (1) Si el marido dispusiera de más que su parte, de toda la comunidad, ó de una cantidad mayor que la mitad, la disposición sería nula; sería válida si la mujer renunciare y reducible si la mujer aceptaba. (2)

La ley no habla de la mujer; durante la comunidad, la mujer no tiene ningún derecho, pero á la disolución de la comunidad se vuelve socio; puede, por consiguiente, disponer de su parte. A diferencia del marido, nunca puede disponer de más; pues el marido, no pudiendo renunciar, es necesariamente aceptante y toma siempre la mitad, y toda la comunidad en el caso de renuncia de la mujer.

34. ¿Puede el marido disponer por testamento de un objeto particular de la comunidad? Según el art. 1,423 el legado es válido, pues produce siempre su efecto. Si la cosa legada cae en el lote de los herederos del marido por motivo de la partición, el legatario puede reclamarlo en naturaleza. Esto es una consecuencia de los principios que rigen la indivisión y la partición: el marido es copropietario por indiviso de los bienes de la comunidad, puede disponer con este título de un bien común, pero la validez de la disposición depende del resultado de la partición. Si la cosa legada cae en el lote de los herederos, el legado es perfectamente válido, puesto que el marido está como si siempre hubiera sido propietario. Por contra, si el efecto cae en el lote de la mujer, ella es quien estará como si siempre hubiera sido propietaria: ¿qué sucede entonces con el legado? El artículo 1,423 dice: "El legatario tiene compensación por el valor total del efecto dado, en la parte de los herederos del marido en la comunidad y en los bienes personales de este último." Esta disposición es muy difícil de aplicar. Una cosa es segura, es que deroga al art. 1,021, según el cual el legado de la cosa ajena es nulo, sea que el testador haya conocido ó no que no le pertenecía. Y el marido lega la cosa ajena cuando el efecto cae en el lote de la mujer; nunca fué propietario, mientras la mujer siempre lo fué; lega, pues, una cosa que pertenecía á la mujer. Este legado debiera ser nulo, según el art. 1,021. ¿Por qué la ley le da efecto? Los autores del Código no nos han dado la razón: de esto, incertidumbre y controversias. Unos dicen que el art. 1,423 reproduce el derecho antiguo que validaba el legado de la cosa ajena cuando el testador sabía que no era propietario; y el marido sabe que lega un bien de la comunidad, sabe que la cosa legada puede caer en el lote de la mujer y que, en este caso, dispone de una cosa que no le pertenece; si á pesar de esto da, ¿cuál puede ser su intención? Es que el legatario tenga derecho al valor del legado. (1)

Esta explicación supone que el legislador, al escribir el artículo 1,423, había olvidado el art. 1,021, lo que no puede admitirse mucho; debe, pues, decirse que el art. 1,423 contiene una excepción al principio del art. 1,021; en cuanto al motivo de esta excepción, puede adivinarse. El marido es señor y dueño de la comunidad, parece que dispone de la cosa, se le debe suponer la intención de haber hecho una liberalidad que produzca su efecto, cualquiera que sea el resultado de la partición. Y seguramente que pudiera decir, que en el caso que cayera la cosa en el lote de la mujer, entiende que el legatario tenga derecho al valor de la cosa legada; el art. 1,424 interpreta la voluntad del marido en este sentido. Siempre es una derogación al art. 1,021, pero se funda en la probable intención del disponente, y es

1 Pothier, *De la comunidad*, núm. 475.
2 Rodière y Pont, t. II, pág. 180, núm. 891.

1 alloz, *Repertorio periódico*, 1862, 2. 161, nota.

esta intención, después de todo, la que es decisiva en materia de leg do. (1)

Decimos que puede adivinarse el motivo del art. 1,423, pero no debe irse demasiado lejos en esta vía. Alguien se prevalió del art. 1,423 para indicar que el legado de la cosa ajena es siempre válido cuando el testador debió necesariamente saber que la cosa era ajena. (2) Esta doctrina nos parece contraria al texto y al espíritu del art. 1,021; el texto rechaza la distinción que se quiere introducir en él, y el espíritu de la ley se opone á que se resucite una inquisición de intención que el legislador quiso prescribir. Hay un motivo terminante para desechar esta interpretación; es que hace descansar en una base de lo mas frágil, el sentido del art. 1,423 que se fija por vía de adivinación. Bien se puede decir que el sentido de una ley parece ser el que se supone haber sido la intención del legislador, pero esto sería siempre una interpretación incierta; hay, pues, que cuidarse de sacar de ella unas consecuencias.

35. La discusión á la que nos acabamos de entregar es ociosa. Si es verdad que el art. 1,423 es una derogación al principio del art. 1,021, debe concluirse que esta es una disposición excepcional y, por tanto, de rigurosa interpretación. De esto resulta que no se debe extenderla a la mujer; la ley nada dice de esto; queda, pues, bajo el imperio del derecho común. Cuando lega un efecto de la comunidad, el legado será válido si la cosa legada cae en el lote de sus herederos, y será nulo si la cosa está puesta en el lote del marido. (3)

36. No debe confundirse esta cuestión con la de saber si el legado de un efecto de la comunidad hecho por el marido á la mujer se rige por el art. 1,423. La afirmativa fué sentenciada y es segura. No se trata, en este caso, del derecho de la mujer, se trata del derecho del marido, y la ley da á este último el poder de disponer de los efectos de la comnnidad, sin distinguir en provecho de quién dispone; puede, pues, hacerlo en provecho de su mujer. En un caso juzgado por la Corte de Bastia, la mujer era legataria del usufructo de una ganancial; este inmueble, en su lote, tenía derecho á una compensación por el valor del usufructo hasta concurrencia de la porción perteneciente al testador. [1]

1 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 153, núm. 67 *bis* IV.
2 Mourión, t. III, pág. 56, nota. En sentido contrario, Colmet de Santerre, t. VI, pág. 152, núm. 67 *bis* IV.
3 Aubry y Rau t. V, pág. 330, nota 17, pfo. 509. Colmet de Santerre, tomo VI, pág. 153, núm. 67 *bis* V. En sentido contrario, Durantón, t. IX, número 250.

Sin embargo, el marido al testar ya en provecho de su mujer, ya en provecho de un tercero, puede declarar que su voluntad es diponer sólo de su parte en los objetos legados. ¿Cuál será en este caso el derecho de la mujer? Fué sentenciado que la mujer debía tomar el legado antes de toda partición; de esta manera toma en los objetos legados la parte que el marido tenía en ella. Mientras que si el marido le legara la totalidad del efecto, como el art. 1,423 lo supone, la mujer legataria podría primero pedir la partición, y después reclamar contra los herederos del marido, ya sea los objetos legados si han caído en ella en naturaleza, ya sea su valor total si fueren puestos en su lote. [2]

37. El art. 1,423 supone que el marido lega un efecto de la comunidad durante la sociedad conyugal. Una vez disuelta la comunidad se está bajo el imperio del derecho común. Ya no puede el marido disponer sino á título de copropietario por indiviso de los bienes comprendidos en la masa; queda, pues, sometido á la regla de la partición declarativa: la disposición será válida ó nula, según que la cosa caerá en el lote de sus herederos ó en el de la mujer. Esta es la aplicación literal del art. 1,021 combinado con el ar-

1 Bastia, 26 de Febrero de 1840 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 1,189.
2 Denegada, 18 de Marzo de 1862 (Dalloz, 1862, 1, 285). Rodière y Pont t. II, pág. 181, núm. 893.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

tículo 1,423. (1) Aquí vuelve el debate acerca del espíritu de la ley. Si el art 1,423 fuera una disposición de principio, como se pretende, se debiera aplicarlo por vía de interpretación extensiva, mientras que semejante interpretación es imposible cuando se considera el art. 1,423 como una excepción; acabamos de decir (núm 34) que, en nuestro concepto, el carácter excepcional de esta disposición no es dudoso.

Núm. 3. Restricciones que recibe el poder del marido.

38. El poder del marido era más extenso bajo el derecho antiguo que bajo el imperio del Código Civil: era á la letra el señor y dueño. Sin embargo, las costumbres ponían una restricción á esta autoridad absoluta. Después de haber dicho que el marido es señor y dueño, la costumbre de París agrega (art. 225): «De tal manera que puede vender los bienes de la comunidad, enajenarlos ó hipotecarlos y disponer, por donación ú otra disposición entre vivos, á su gusto y voluntad, sin el consentimienso de su mujer, á persona capaz y *sin fraude*.» *¡Sin fraude!* Estas palabras no quedan reproducidas en el art. 1,421 ni en el art. 1,422. ¿Quiere esto decir que el poder del marido llegue hasta disponer de los bienes comunes en fraude de los derechos de la mujer? El derecho y la moral protestan contra semejante interpretación. Es verdad que el marido es *señor*, pero lo era mucho más en el derecho antiguo que en el derecho moderno; sin embargo, se hacía excepción para el fraude. Es porque es imposible admitir que el marido pueda comprometer ó destruir los derechos de la mujer por actos fraudulentos. La comunidad es una sociedad; cualquiera que sea la autoridad del marido, la mujer siempre tiene un derecho de copropiedad, que se realizará con su aceptación. Y no se concibe

1 París, 6 de Mayo de 1861 (Dalloz, 1862, 2, 161).

que el marido tenga el derecho de despojar á su mujer de este derecho por actos fraudulentos. No es para arruinar á la mujer por lo que las costumbres lo declaraban señor y dueño, es para hacer prosperar la sociedad de bienes de que es el jefe. Por otra parte, el fraude hace excepción á todas las reglas: los acreedores pueden atacar los actos hechos por su deudor en fraude de sus derechos; con más razón debe esta facultad pertenecer á la mujer que es más que acreedora, que es copropietaria.

39. El principio no es dudoso. Queda por saber el sentido de estas palabras de la costumbre: *sin fraude*. Pothier las explica como sigue: «El marido, señor de los bienes de la comunidad, puede disponer de ellos á su gusto sin el consentimiento de su mujer. Sin embargo, estas disposiciones sólo son válidas cuando no parecen ser hechas en fraude de la parte que la mujer tiene en los bienes cuando la disolución de la sociedad. Así, hay *fraude* cuando el marido, disponiendo, quiere despojar á la mujer de la parte que tiene en el bien de que dispone el marido. Hay fraude, sobre todo, cuando el marido, despojando á su mujer, tiene por objeto enriquecerse él mismo. Lo principal del fraude, continúa Pothier, está cuando la disposición de los bienes de la comunidad tiende á mejorar al marido en perjuicio de su mujer privándola de la parte que debe tener un dia en los bienes de su comunidad.» Esta era la interpretación de Dumoulín: «Sin fraude, es decir, sin enriquecerse él ó sus herederos en disminución de la comunidad.» (1)

Hay, pues, dos casos de fraude: primero cuando el marido disminuye la comunidad para enriquecerse; éste es el fraude ordinario. No debe confundirse este caso con el de la compensación prevista por el art. 1,437. Ambos esposos deben compensación cuando sacan un provecho personal de

1 Pothier, *De la comunidad*, núms. 467 y 481.

tículo 1,423. (1) Aquí vuelve el debate acerca del espíritu de la ley. Si el art 1,423 fuera una disposición de principio, como se pretende, se debiera aplicarlo por vía de interpretación extensiva, mientras que semejante interpretación es imposible cuando se considera el art. 1,423 como una excepción; acabamos de decir (núm 34) que, en nuestro concepto, el carácter excepcional de esta disposición no es dudoso.

Núm. 3. Restricciones que recibe el poder del marido.

38. El poder del marido era más extenso bajo el derecho antiguo que bajo el imperio del Código Civil: era á la letra el señor y dueño. Sin embargo, las costumbres ponían una restricción á esta autoridad absoluta. Después de haber dicho que el marido es señor y dueño, la costumbre de París agrega (art. 225): «De tal manera que puede vender los bienes de la comunidad, enajenarlos ó hipotecarlos y disponer, por donación ú otra disposición entre vivos, á su gusto y voluntad, sin el consentimienso de su mujer, á persona capaz y *sin fraude*.» *¡Sin fraude!* Estas palabras no quedan reproducidas en el art. 1,421 ni en el art. 1,422. ¿Quiere esto decir que el poder del marido llegue hasta disponer de los bienes comunes en fraude de los derechos de la mujer? El derecho y la moral protestan contra semejante interpretación. Es verdad que el marido es *señor*, pero lo era mucho más en el derecho antiguo que en el derecho moderno; sin embargo, se hacía excepción para el fraude. Es porque es imposible admitir que el marido pueda comprometer ó destruir los derechos de la mujer por actos fraudulentos. La comunidad es una sociedad; cualquiera que sea la autoridad del marido, la mujer siempre tiene un derecho de copropiedad, que se realizará con su aceptación. Y no se concibe

1 París, 6 de Mayo de 1861 (Dalloz, 1862, 2, 161).

que el marido tenga el derecho de despojar á su mujer de este derecho por actos fraudulentos. No es para arruinar á la mujer por lo que las costumbres lo declaraban señor y dueño, es para hacer prosperar la sociedad de bienes de que es el jefe. Por otra parte, el fraude hace excepción á todas las reglas: los acreedores pueden atacar los actos hechos por su deudor en fraude de sus derechos; con más razón debe esta facultad pertenecer á la mujer que es más que acreedora, que es copropietaria.

39. El principio no es dudoso. Queda por saber el sentido de estas palabras de la costumbre: *sin fraude*. Pothier las explica como sigue: «El marido, señor de los bienes de la comunidad, puede disponer de ellos á su gusto sin el consentimiento de su mujer. Sin embargo, estas disposiciones sólo son válidas cuando no parecen ser hechas en fraude de la parte que la mujer tiene en los bienes cuando la disolución de la sociedad. Así, hay *fraude* cuando el marido, disponiendo, quiere despojar á la mujer de la parte que tiene en el bien de que dispone el marido. Hay fraude, sobre todo, cuando el marido, despojando á su mujer, tiene por objeto enriquecerse él mismo. Lo principal del fraude, continúa Pothier, está cuando la disposición de los bienes de la comunidad tiende á mejorar al marido en perjuicio de su mujer privándola de la parte que debe tener un dia en los bienes de su comunidad.» Esta era la interpretación de Dumoulín: «Sin fraude, es decir, sin enriquecerse él ó sus herederos en disminución de la comunidad.» (1)

Hay, pues, dos casos de fraude: primero cuando el marido disminuye la comunidad para enriquecerse; éste es el fraude ordinario. No debe confundirse este caso con el de la compensación prevista por el art. 1,437. Ambos esposos deben compensación cuando sacan un provecho personal de

1 Pothier, *De la comunidad*, núms. 467 y 481.

los bienes de la comunidad; deben indemnizar á la comunidad. La ley no supone el fraude. Por parte de la mujer, esto es imposible; no puede sacar un provecho de la comunidad sin el concurso de su marido; y no se dirá que el marido se pone de acuerdo con ella para defraudar á la comunidad. La diferencia es grande entre el provecho hecho sin fraude por el marido y la expoliación de la mujer por actos fraudulentos; en el primer caso, el acto que valió un provecho al marido es válido, sólo le obliga á indemnizar á la comunidad. En el segundo caso, el acto fraudulento será anulado á pedimento de la mujer.

Hay un segundo caso de fraude: el marido disminuye la comunidad, no para mejorarse á sí mismo, sino para frustrar á la mujer en provecho de terceros. Será por odio á la mujer. (1) Estas malas pasiones son raras; los hombres obran más por avidez que por odio.

40. Cualquiera que sea, el fraude da lugar á una acción de nulidad. Esto es el derecho común establecido por el artículo 1,167. No se trata de una simple acción por indemnización. La mujer sólo puede promover cuando hubo fraude, pues el marido tiene el derecho del propietario; puede usar y abusar, puede disipar y perder la comunidad sin que la mujer tenga derecho para atacar sus actos. Sólo cuando el marido disminuye la comunidad por actos fraudulentos es cuando la mujer tiene derecho para promover. (2)

Se le ha contestado este derecho con razones bastante malas. Se dice que para que haya lugar á la acción pauliana, es necesario que haya un derecho lesionado. Y la mujer no tiene derecho durante la comunidad, luego no puede tratarse de un acto hecho en fraude de sus derechos. (3) Hay algo de verdadero en esta objeción y es que la mujer no puede

1 Aubry y Rau, t. V, pág. 326, pfo. 509.
2 Rodière y Pont, t. II, pág. 163, núm. 876.
3 Colmar, 25 de Febrero de 1857 (Dalloz, 1857, 2, 88).

promover durante la comunidad; su derecho de socio sólo se abre en la disolución. Y es como asociada como puede quejarse; la consecuencia es que la mujer no puede promover sino cuando la comunidad esté disuelta si ella acepta. (1)

La aceptación de la mujer da lugar á una objeción en su contra. Aceptando, se apropia todos los actos del marido, como si hubiere sido parte en ellos; y habiendo consentido el acto, no puede sostener que esté hecho en fraude de sus derechos: ¿no es este el caso del adagio *volens non fraudatur?* Ya hemos encontrado esta argumentación: es muy justa cuando los actos del marido son de buena fe, pero es falsa cuando se trata de actos fraudulentos. Sucede con la mujer lo que con los herederos; éstos continúan la personalidad del difunto, y, sin embargo, pueden atacar los actos fraudulentos por los que atacó sus reservas. Asímismo, la mujer, aunque aceptando, no está ligada por los actos hechos en fraude de sus derechos; sería absurdo pretender que la mujer sólo puede aceptar aprobando el fraude, pues resultaría que nunca pudiera promover y que el marido podría defraudarla á sus anchas; si renuncia, está sin derecho y sin interés; si acepta, aprueba al fraude. (2)

Se ha sacado otra objeción en el art. 271: esta es una disposición especial al divorcio, que no impide la aplicación del derecho común. Transladamos á lo que fué dicho en el título del *Divorcio* (t. III, núm. 253) y á una excelente sentencia de la Corte de Colmar que establece muy bien la diferencia entre la disposición excepcional del artículo 271 y la regla general del art. 1,167. (3)

41. Puesto que la mujer promueve por acción pauliana, es necesario aplicar los principios que rigen á esta acción. Se pregunta si la mujer puede promover contra los terce-

1 Bruselas, 25 de Julio de 1864 (*Pasicrisia*, 1864, 2, 423).
2 Denegada, 31 de Julio de 1872 (Dalloz, 1873, 1, 340).
3 Colmar, 25 de Febrero de 1857 (Dalloz, 1857, 2, 89).

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

ros que han tratado con su marido, y aun contra los terceros detentadores que han figurado en el contrato. (1) Hemos examinado la cuestión, así como todas aquellas que se refieren á esta difícil materia, en el título de las *Obligaciones*, en donde está su sitio.

42. En el derecho antiguo, el marido podía disponer á título gratuito tanto como á título oneroso. Es, sobre todo, en vista de estas liberalidades como disponían las costumbres que el marido debe obrar sin fraude. Según el Código Civil, las liberalidades están prohibidas en regla general. Esto restringe el círculo de los actos que el marido puede hacer en fraude de los derechos de la mujer. Las actas á título oneroso pueden ser fraudulentas, esto sucede ordinariamente cuando esconden una liberalidad. Si el acta es onerosa sólo en apariencia, la mujer puede pedir la nulidad probando que es una liberalidad disfrazada que no tenía derecho de hacer el marido; es seguro que el marido no puede dar un inmueble bajo forma de venta como no lo puede hacer por donación directa. En este caso la mujer promueve por nulidad, no en virtud del art. 1,167, sino en virtud del art. 1,492. Para que haya lugar á intentar la acción pauliana el acto debe ser á título oneroso, y es necesario que disminuya la comunidad por fraude, ya sea que el marido aproveche, ya sea que los que aprovechan sean terceros. No basta que la comunidad esté disminuida, es preciso que sea por fraude. Toca naturalmente á la mujer probar el fraude. La prueba puede ser difícil, pero esta es una dificultad de hecho. Sólo citamos un caso juzgado por la Corte de Bruselas. El marido había vendido, por acta de 29 de Enero de 1857, varios inmuebles dependientes de la comunidad universal que existía entre él y su mujer; el precio consistía en una renta vitalicia de 500 froncos. Murió el 3 de Marzo siguiente de una hidropesía que padecía desde

1 Rodière y Pont, t. II, pág. 164, núm. 876.

antes de la venta. Había circunstancias que hacían el fraude evidente. Los bienes vendidos valían 5,000 francos; los compradores eran presuntos herederos del vendedor. Este vivía separado de su mujer. Hé aquí un ejemplo de disposición que el marido hace por odio á su mujer y para despojarla: no es para enriquecerse á sí mismo, pues estaba próximo á morir: quizo disminuir la comunidad por defraudar los derechos de su mujer en ella. (1)

43. El marido puede dar efectos muebles á título particular; la ley sólo pone una sola restricción, es que no se reserve el usufructo [art. 1,423]. ¿Cuándo puede la mujer atacar estas liberalidades? La condición esencial es que hayan sido hechas en fraude de sus derechos. No basta, pues, que sean excesivas, pues el marido puede disipar y perder los bienes de la comunidad por sus liberalidades como por sus actos á título oneroso; el hecho de sus excesos no constituye por sí solo el fraude. No se debe, pues, sentar en principio, como lo hace Troplong, que la profusión hacia los extraños es un dolo hacia la mujer. [2] Se debe, al contrario, mantener el principio que el marido es señor y dueño, que puede perder la comnnidad por sus excesos; sólo una cosa le está prohibida, el fraude: la mujer estará, pues, obligada á probar que el marido obró en fraude de sus derechos. Hay fraude cuando la liberalidad disfraza un provecho que resulta para el marido por intermedio de una tercera persona, pues no hay en esta materia personas presumidas interpuestas, como las hay en los casos de los arts. 911 y 1,100. También hay fraude cuando el marido dió por odio á su mujer, aunque no sacara ningún provecho personal de la donación. (3)

44. No deben confundirse las donaciones que el marido

1 Bruselas, 28 de Enero de 1859 (*Pasicrisia*, 1859, 2, 235). Compárese Bruselas, 25 de Febrero de 1859 (*ibid*, 1859, 2, 299).
2 Troplong, t. I, pág. 278, núm. 887.
3 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 145, núm. 66 *bis* VI.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

hace en fraude de su mujer y las donaciones por las que el marido debe compensación. La compensación no implica ningún fraude, no da acción á una acción de nulidad, todo cuanto resulta es que el esposo que debe compensación está obligado á reportar á la comunidad el provecho que ha sacado de los bienes comunes. El art. 1,469 ofrece un ejemplo de ello: «Cada esposo ó su heredero reporta las sumas que han sido sacadas de la comunidad ó el valor de los bienes que ha tomado en ella para dotar á un hijo de otro matrimonio ó para dotar personalmente al hijo común.» Estas liberalidades són válidas; esto no es dudoso cuando el marido dota á un hijo común, puede darle inmuebles y la universalidad de los inmuebles y aun toda la comunidad; el marido sólo está obligado á compensación cuando se ha constituido deudor personal del dote y que paga con efectos de la comunidad; salda en este caso, una deuda que le es personal, á expensas de la comunidad, luego debe compensación en virtud del art. 1,437. Lo mismo sucede cuando el marido dota á un hijo de otro matrimonio en efectos muebles, pues si lo dota en inmuebles ó en universalidad de muebles, la donación es nula (núm. 32).

La donación de efectos muebles que hace el marido á título de dote á un hijo del primer matrimonio, presenta dificultades. Se pregunta desde luego por qué esta obligado á compensación. En lo general no debe indemnización por las liberalidades que hace á extraños, ni tampoco por los bienes de la comunidad que disipa; dar es perder, decían los jurisconsultos romanos; y el marido tiene el derecho de perder los bienes comunes. Sin embargo, no debe sentarse en principio absoluto, que el marido no debe recompensa por las donaciones que hace; debe compensación por los actos á título gratuito como por los á título oneroso, primero cuando saca un provecho personal sin ningún pensamiento de fraude, luego cuando obra en fraude de los derechos de su

mujer. No hay á este respecto ninguna diferencia entre las convenciones interesadas y las donaciones. Sin embargo, los autores (1) y la jurisprudencia parecen admitir como regla que el marido no debe compensación por las liberalidades que ha hecho. Se invoca el art. 1,469 según el cual el esposo reporta las sumas y los bienes que ha sacado de la comunidad para dotar á un hijo de otro matrimonio. El argumento supone que el art. 1,469 consagra una excepción de derecho común; se puede interpretar también la ley en este sentido: que aplica el principio de las compensaciones á un caso particular. Lo que da gran peso á esta última interpretación, es que la disposición está tomada de Pothier, quien la considera como una aplicación de la regla de las compensaciones. (2) Esta interpretación está también fundada en principio y en razón. El marido debe compensación cuando aprovecha personalmente de la venta de una ganancial; ¿por qué no había de deber compensación cuando se mejora personalmente por una donación? El motivo para decidir la equidad, son los mismos en ambas hipótesis.

La Corte de Casación objeta que el marido que da, sólo usa de un derecho que procede de la ley, y concluye de esto que no está obligado á compensación alguna por este punto; la Corte agrega que en la sentencia atacada consta que la donación que en el caso el marido había hecho á su sobrina no era excesiva. (3) ¿No confunde la Corte la donación por la que el marido deba compensación con la donación hecha en fraude la mujer? Cuando se trata de compensación, el monto de la donación es indiferente; se trata de hacer constar que el marido sacó un provecho personal y que debe indemnización por tal provecho. Decir que hace lo que tiene derecho de hacer, es probar demasiado; el marido tie-

1 Aubry y Rau, t. V, pág. 328, nota 11, pfo. 509. Rodière y Pont, t. II, página 174, núm. 885. Mourlón, t. III, pág. 51, núm. 125.
2 Potiher, *De la comunidad*, núm. 641.
3 Denegada, 18 de Marzo de 1862 (Dalloz, 1862, 1, 285).

ne también el derecho de hacer cualquier acto onoroso, lo que no impide que deba compensación, si de él saca alguna ventaja.

Esta misma confusión se encuentra en una sentencia de la Suprema Corte. El marido había hecho una donación de efectos muebles á sus hermanas, quienes eran sus herederas presuntivas. ¿Debía compensación? La Corte comienza por citar el art. 1,422 que permite al marido dar sin someterlo á compensación. Esto ya era presentar mal la cuestión y raciocinar mal. El objeto del art 1,422 no es decidir si el marido debe ó no compensación, el único objeto de la ley es determinar lo que puede dar el marido. Después la Corte aparta el art. 1,469 que invocaba el recurso para inducir que esta disposición debía ser aplicada por analogía; la sentencia contesta que el art. 1,469 es *absolutamente limitativo* y sólo se aplica á los hijos dotados por el marido; que las donaciones hechas á todas las demás personas están regidas por el art. 1,422. Esto es decir que sólo se debe compensación en el caso del art. 1,422; no se debe en las donaciones en general.

Acabamos de probar que esto no es exacto. Después de haber dicho que no se debía compensación, la Corte, fundándose en la sentencia atacada, dice que el marido no había sacado ningún provecho personal de las donaciones hechas á sus hermanas. Este considerando es inútil si es verdad que no debía compensación. Supone, pues, que hay casos en que la compensación es debida. ¿Cuáles son estos casos? La Corte nada dice, se limita á combatir un argumento que hacía valer el recurso. La donación hecha á sucesibles es reportable, aprovecha á la sucesión, luego al difunto; extraño argumento que rechaza la Corte por el texto del artículo 1,437; la ley no somete al marido á una compensación más que cuando saca un provecho *personal* de la comunidad. ¿Será que el reporte hecho á la sucesión del donante puede ser calificado de provecho *personal* para el donante? (1)

Lo que confirma nuestra opinión de que la Corte confunde las donaciones sujetas á compensaciones y las donaciones hechas en fraude de la mujer, es que la Corte no titubeó en aplicar el principio de las compensaciones á las donaciones hechas por los esposos cuando sacan un provecho personal. Tal es una donación hecha con cargo cuando el cargo aprovecha al donante; relataremos el caso más adelante. Lo mismo sucedería con una donación remuneratoria; aprovecha siempre al donante cuando paga una deuda civil ó natural; desde luego, debe compensación.

45. Volvamos á las donaciones que hace el marido á un hijo de otro matrimonio; el art. 1,469 decide que el marido debe compensación por este punto. En nuestra opinión esta disposición sólo aplica el principio de las compensaciones (art. 1,437); la disposición es inútil. Hay algo especial en el caso previsto por el art. 1,469. Cuando en el momento de la liquidación se sostiene que el marido debe compensación, ya sea por una liberalidad, ya por una acta á título oneroso, toca á aquel que reclama probar que el marido sacó un provecho personal de los bienes de la comunided; cuestión de hecho que el juez decide. En el caso del art. 1,469, la ley es quien decide; ella es la que sujeta al marido á la compensación por cuanto toma de la comunidad para dotar á su hijo; el demandante no tiene ninguna prueba que dar, sino establecer la existencia de la donación hecha á título de dote al hijo del primer matrimonio; no necesita probar que el marido ha sacado provecho de la liberalidad. El padre está naturalmente obligado á dotar á sus hijos; y nada es más personal que una obligación natural; el deudor reconoce, pagando, que está obligado. Es, pues, de sus bienes de donde

1 Denegada, 30 de Abril de 1862 (Dalloz, 1862, 1, 522).

debe pagar su deuda; no se puede decir que esto sea una deuda de la comunidad, puesto que no puede ser seguida contra ésta. Hay, además, otra razón por la que la ley creyó deber decidir por sí misma la cuestión de compensación para las donaciones hechas á un hijo del primer matrimonio. Siendo la compensación una cuestión de hecho, los tribunales hubieran podido juzgar que no había lugar á compensación; esto hubiera sido facilitar á los padres el hacer liberalidades á sus hijos de otro matrimonio, á expensas de la comunidad. En otros términos, el legislador no ha creído deber hablar de las liberalidades ordinarias que el marido puede hacer. No está muy inclinado en despojarse en provecho de un extraño, ni aún de un pariente; mientras que la voz de la naturaleza le manda dotar á sus hijos; y lo hubiera hecho con demasiada liberalidad, si lo hubiera podido hacer á expensas de la comunidad. (1)

46. El art. 1,469 no supone que haya fraude, puesto que admite la donación á una compensación, lo que implica que es válida y que se la mantiene. Si la donación fuese hecha en fraude de los derechos de la mujer, ésta podría pedir su nulidad. ¿Cuándo hay fraude? Lo hemos dicho más atrás (núm. 39). En el caso del art. 1,469, el fraude será más difícil de probar, pues la liberalidad tiene una causa legítima, puesto que tiene por objeto saldar una deuda natural. Sin embargo, podrá haber fraude si el marido, bajo pretexto de pagar una deuda que le impone la naturaleza, trata de despojar á su mujer de los derechos que tiene como socio. No insistimos, porque la dificultad es de hecho; al juez toca decidirla según las circunstancias de la causa. Notemos sólo el interés que tiene la mujer en promover la nulidad más bien que pedir una compensación. La compensación se ejerce contra la comunidad y contra el marido, y la comunidad

1 Compárese Colmet de Santerre, t. VI, pág. 145, núm. 66 *bis* VI. Denegada, 21 de Noviembre de 1871 (Dalloz, 1872, 1, 189).

puede encontrarse agotada y el marido puede ser insolvente. En este caso, la mujer está muy interesada en promover la nulidad de la donación, si realmente es fraudulenta, puesto que su acción reacciona contra los terceros. (1)

47. El art. 1,469 originó recientemente otra dificultad. Habla de una liberalidad hecha á un hijo para *dotarlo*. ¿Debe concluirse de esto que el marido puede hacer una liberalidad á un hijo de otro matrimonio por otra causa, y que ésta liberalidad no estará sujeta á reporte? La Corte de Casación ha resuelto que la disposición del art. 1,469 es restrictiva en este sentido, que sólo por las donaciones dotales debe el marido recompensa. Así formulada la resolución, sería demasiado absoluta é inexacta. El art. 1,469 no es una excepción á la regla de las compensaciones, es más bien una aplicación de esta regla (núm. 45). Toda liberalidad, como todo acto del marido, está sujeta á compensación cuando éste ha sacado de él un provecho personal; luego también la donación hecha al hijo de primer matrimonio, aunque esta donación no hubiese sido hecha á título de dote; sólo que si se trata de una liberalidad ordinaria, á la mujer toca probar que el marido sacó un provecho, pues ya no es una donación hecha en cumplimiento de una obligación natural.

En realidad, la resolución de la Corte de Casación no tiene el alcance que se le quiere dar. (2) Si hay que hacerle un reproche, es por haber confundido la compensación con el fraude. El recurso contribuye á inducir á error á la Corte. Pretendía que se debía aplicar el art. 911 á la liberalidad que hace el marido á un hijo de primer matrimonio y que, por consiguiente, debía ser anulada como presumida hecha en favor del marido. Esto era un error palpable, aunque esté profesado por Merlín y Toullier. El art. 911 nada tiene de común con la donación que el marido hace á un hijo

1 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 146, núm. 166 *bis* XI.
2 Véase la nota de Beudant acerca de la sentencia, en Dalloz, 1870, 1, 5.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

de primer matrimonio; anula la liberalidad hecha á un incapaz por persona interpuesta; es decir, á una de las personas que la ley declara incapaces para recibir. Y en el caso no se trata de una incapacidad para recibir, se trata de saber si la donación está sujeta á compensación, ó si es nula como hecha en fraude de los derechos de la mujer. Es acerca de este punto donde hubo confusión en la sentencia. Toda disposición, dice la Corte, aunque hecha en apariencia en provecho de personas capaces para recibir, es susceptible de ser *anulada* cuando en realidad *está destinada á enriquecer al marido* á expensas de la comunidad. (1) Hé aquí la donación hecha en fraude de la mujer; la Corte dice muy bien que para que una donación pueda ser anulada es preciso que el objeto fraudulento esté probado; y en el caso el fraude no constaba en la sentencia atacada. Pero la donación, aunque no fraudulenta, podía dar lugar á compensación si se hubiese probado que el marido había sacado una ventaja á expensas de la comunidad. Este es el punto que la Corte parece confundir con la donación fraudulenta. La diferencia es grande; la compensación supone una donación válida, mientras que en caso de fraude la donación es nula. En uno y otro caso, el marido se mejora á expensas de la comunidad; pero en el caso de compensación, lo hace sin designio de fraude; no debe, pues, decirse que toda donación destinada á enriquecer al marido á expensas de la comunidad es fraudulenta y nula con este título.

48. La jurisprudencia admite la validez de una donación inmobiliar cuando la mujer concurre al acta. Se ha pretendido que estas donaciones daban lugar á compensación por sí mismas. Esta pretensión no podía ser acogida, pues no descansa en nada. ¿Cómo pudiera haber compensación cuando ninguno de los esposos se enriquece á expensas de la comunidad? En el primer caso sentenciado por la Corte de Casación,

1 Casación, 23 de Junio de 1869 (Dalloz, 1870, 1, 5).

la donación estaba hecha con cargo, y el cargo consistía en una renta vitalicia estipulada en interés de los donantes La sentencia atacada, de la Corte de Limoges, distinguía muy bien la liberalidad hecha como testimonio de afecto ó de gratitud y el cargo: la liberalidad no podía dar lugar á compensación, pero no pasaba así con el cargo, puesto que procuraba un provecho personal á los donantes. Este último punto fué igualmente contestado; la renta vitalicia estaba estipulada en provecho de ambos esposos; luego, se decía, no había ventaja personal para ninguno. Esto era argüir mal. La Corte de Casación restablece las cosas en su realidad: el provecho era aleatorio, pero no por esto resultaba menos de la donación; luego había lugar á aplicar el principio de las compensaciones. (1) Si la ventaja sólo existe en provecho de uno de los esposos, éste sólo deberá compensación. Tal sería una donación en provecho de un hijo de primer matrimonio por el marido con el concurso de la mujer: la mujer no saca ningún provecho de la donación, luego no debe ninguna compensación; su concurso en el acta no impide que el marido saque un provecbo, lo que lo obliga á indemnizar á la comunidad. (2)

§ II.—De las acciones.

49. La costumbre de París decía (art. 233): «El marido es señor de las acciones mobiliares y posesorias, visto que proceden del lado de la mujer; y puede el marido promover y deducir dichos derechos y acciones en juicio sin dicha mujer.» Pothier da el motivo de esta disposición: «Estando la comunidad compuesta de todos los bienes muebles de cada uno de los cónyuges y siendo el marido, en su calidad de jefe de la comunidad, único señor de los bienes de la misma mientras dura, la costumbre saca muy bien la consecuencia

1 Dos sentencias de denegada, 29 de Abril de 1851 (Dalloz, 1852, 1, 25 y 26).
2 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 146, núm. 166 *bis* VI.

de primer matrimonio; anula la liberalidad hecha á un incapaz por persona interpuesta; es decir, á una de las personas que la ley declara incapaces para recibir. Y en el caso no se trata de una incapacidad para recibir, se trata de saber si la donación está sujeta á compensación, ó si es nula como hecha en fraude de los derechos de la mujer. Es acerca de este punto donde hubo confusión en la sentencia. Toda disposición, dice la Corte, aunque hecha en apariencia en provecho de personas capaces para recibir, es susceptible de ser *anulada* cuando en realidad *está destinada á enriquecer al marido* á expensas de la comunidad. (1) Hé aquí la donación hecha en fraude de la mujer; la Corte dice muy bien que para que una donación pueda ser anulada es preciso que el objeto fraudulento esté probado; y en el caso el fraude no constaba en la sentencia atacada. Pero la donación, aunque no fraudulenta, podía dar lugar á compensación si se hubiese probado que el marido había sacado una ventaja á expensas de la comunidad. Este es el punto que la Corte parece confundir con la donación fraudulenta. La diferencia es grande; la compensación supone una donación válida, mientras que en caso de fraude la donación es nula. En uno y otro caso, el marido se mejora á expensas de la comunidad; pero en el caso de compensación, lo hace sin designio de fraude; no debe, pues, decirse que toda donación destinada á enriquecer al marido á expensas de la comunidad es fraudulenta y nula con este título.

48. La jurisprudencia admite la validez de una donación inmobiliar cuando la mujer concurre al acta. Se ha pretendido que estas donaciones daban lugar á compensación por sí mismas. Esta pretensión no podía ser acogida, pues no descansa en nada. ¿Cómo pudiera haber compensación cuando ninguno de los esposos se enriquece á expensas de la comunidad? En el primer caso sentenciado por la Corte de Casación,

1 Casación, 23 de Junio de 1869 (Dalloz, 1870, 1, 5).

la donación estaba hecha con cargo, y el cargo consistía en una renta vitalicia estipulada en interés de los donantes La sentencia atacada, de la Corte de Limoges, distinguía muy bien la liberalidad hecha como testimonio de afecto ó de gratitud y el cargo: la liberalidad no podía dar lugar á compensación, pero no pasaba así con el cargo, puesto que procuraba un provecho personal á los donantes. Este último punto fué igualmente contestado; la renta vitalicia estaba estipulada en provecho de ambos esposos; luego, se decía, no había ventaja personal para ninguno. Esto era argüir mal. La Corte de Casación restablece las cosas en su realidad: el provecho era aleatorio, pero no por esto resultaba menos de la donación; luego había lugar á aplicar el principio de las compensaciones. (1) Si la ventaja sólo existe en provecho de uno de los esposos, éste sólo deberá compensación. Tal sería una donación en provecho de un hijo de primer matrimonio por el marido con el concurso de la mujer: la mujer no saca ningún provecho de la donación, luego no debe ninguna compensación; su concurso en el acta no impide que el marido saque un provecbo, lo que lo obliga á indemnizar á la comunidad. (2)

§ II.—De las acciones.

49. La costumbre de París decía (art. 233): «El marido es señor de las acciones mobiliares y posesorias, visto que proceden del lado de la mujer; y puede el marido promover y deducir dichos derechos y acciones en juicio sin dicha mujer.» Pothier da el motivo de esta disposición: «Estando la comunidad compuesta de todos los bienes muebles de cada uno de los cónyuges y siendo el marido, en su calidad de jefe de la comunidad, único señor de los bienes de la misma mientras dura, la costumbre saca muy bien la consecuencia

1 Dos sentencias de denegada, 29 de Abril de 1851 (Dalloz, 1852, 1, 25 y 26).
2 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 146, núm. 166 *bis* VI.

que es señor por el total de las acciones muebles de su mujer y que sólo puede deducirlos en juicio.» Esto es tan evidente que era inútil haberlo dicho. Aquel que es señor y dueño y que tiene el derecho absoluto de disponer de los bienes, puede naturalmente promover en justicia para reclamar sus derechos y para defenderlos, este es el derecho de todo propietario. Y el marido es propietario de los bienes comunes. Por esto es que el Código nada dice de las acciones concernientes á los bienes comunes; no hay que decir que pertenecen todas al marido sin distinguir entre las acciones muebles é inmuebles. El art. 1,428 no habla más que de las acciones concernientes á los propios de la mujer; volveremos á ello.

La costumbre de París nada dice de las acciones mobiliares y posesorias que procedan del lado del marido, porque la comunidad no trae ningún cambio al derecho que el marido tiene en su patrimonio; queda propietario, y como tal continúa ejerciendo las acciones relativas á sus bienes; poco importa en cuanto á él, que caigan ó no en la comunidad. Tiene igualmente el poder de promover en cuanto á las gananciales, siempre porque es dueño de ellas. En fin, el régimen de la comuidad le da este derecho en los bienes de la mujer que entran en ella, porque se hace señor y dueño de dichos bienes. La mujer, al casarse, pone en la sociedad de bienes que forma, sus bienes muebles presentes y futuros y, por consiguiente, las acciones mobiliares. A partir del matrimonio, el marido es quien promueve, ya sea demandando, ya sea defendiendo. Pothier deduce de ello esta consecuencia que es segura: Aunque estas acciones hubiesen sido intentadas por la mujer antes de su matrimonio, no pueden ya, después del matrimonio, ser continuadas por ella ni contra ella sola, es necesario que la instancia vuelva á ser tomada por el marido ó contra él. (1) Nos limitamos á sen-

1 Pothier, *De la comunidad*, núm. 473.

tar el principio, los pormenores pertenecen á los procedimientos.

Lo que decimos de las acciones muebles se aplica á las acciones posesorias. La costumbre de París las da al marido; supone que se trata de los propios, pues en cuanto á las gananciales, siendo el marido propietario de ellas, tiene todas las acciones muebles ó petitorias, tanto como las posesorias. Si tiene las acciones posesorias que se refieren á los propios de la mujer, es porque la comunidad tiene el goce de ellos; debe, pues, tener las acciones que protegen el goce. Esta es la explicación dada por Pothier.

50. La costumbre no habla de las acciones petitorias concernientes á los propios de la mujer, puesto que ella es quien es propietaria de éstos, que, en principio, sólo pertenecen á la mujer. El marido no los tiene como jefe de la comunidad, puesto que los propios quedan fuera de la sociedad que los esposos forman al casarse. El marido no los tiene como administrador de los bienes de la mujer, pues el derecho de intentar acciones inmobiliares no es un derecho de administración; sólo el que puede disponer de los inmuebles tiene derecho de promover en justicia. El marido no tiene, pues, ninguna calidad para intentar estas acciones ni para defenderlas.

La cuestión está, sin embargo, controvertida; reina una gran incertidumbre, en esta materia, en la doctrina como en la jurisprudencia. El Código no decide la dificultad en términos formales; dice que «el marido puede ejercer solo todas las acciones muebles y posesorias que pertenecen á la mujer» (art. 1,428.) ¿Debe concluirse de esto que no tiene derecho para intentar las acciones inmobiliares? Esto sería, dice Toullier, aplicar desgraciadamente el *Inclusio unios est exclusio alterius* de los glosistas; esto es un argumento ma notado que se funda en el silencio del legislador. Es verdad que el argumento llamado *á contrario* tiene poco valor; pero en nuestra cuestión se apoya en principios lo que cambia la

tesis. Ya en el derecho antiguo, Lebrún decía que la mujer debe ser parte en todas las acciones que intenta el marido por sus inmuebles, pues no teniendo facultad para enajenarlos sin su mujer, no tenía tampoco derecho de intentar acciones sin ella: es absurdo, dicen las leyes romanas, que aquel que no puede enajenar pueda promover en justicia. (1) Toullier invoca, por su lado, los principios. El art. 1,428, dice, declara al marido responsable por todo desmejoramiento de los bienes personales de su mujer, luego debe tener el derecho de promover. El final del artículo contesta á la objeción: el marido sólo es responsable cuando el desmejoramiento sucede por falta de actos conservatorios, y nada impide que el marído interrumpa la prescripción, pero esto no le da derecho al petitorio. En fin, Toullier se prevale del derecho antiguo. (2) Acerca de este punto se le llenó de testimonios. (3) Nos conformaremos con el de Ferrière; se sabe que en su comentario acerca de la costumbre de París sólo recogió, como lo dice, las opiniones de los autores y las decisiones de los parlamentos; pero lo hizo con inteligencia. ¿Qué dice el artículo 239, cuyo texto tenemos transcripto? «La costumbre limita y restriñe el poder del marido para intentar y deducir solo las acciones mobiliares y posesorias de la mujer sin su consentimiento, y no las que conciernen el fondo, la propiedad y el dominio de sus bienes...Nada puede hacer sin el consentimiento de la mujer, que pueda implicar la enajenación de sus bienes, y por lo tanto, no puede deducir ni intentar acciones reales que se refieran á la propiedad de las cosas, lo cual pertenece á la mujer.» La tradición ha sido consagrada por el artículo 1,428, lo que es decisivo. [4]

1 Lebrún, *De la comunidad*, pág. 204, núm. 28 (II, 2, 4).
2 Toullier, t. VI, 2, pág. 338, núms. 384–391.
3 Odier, t. I, págs. 257 y siguientes, núm. 274. Rodière y Pont, t. II, página 198, núm. 907.
4 Casación, 22 de Abril de 1873 (Dalloz, 1873, 1, 428). La Corte ni siquiera discute la cuestión, se limita á citar el art. 1,428.

51. Ahí no está la verdadera dificultad. Toullier dice que el marido tiene los frutos y los productos de los propios de la mujer, que con este título debe tener el derecho de reivindicarlos. Si este goce fuera un verdadero usufructo, la cuestión estaría decidida; el marido tendría como usufructuario el derecho de intentar las acciones reales que interesan al usufructo. Pero aun este punto es dudoso. Lo seguro es que dando al marido el goce de los propios de la mujer, la ley ha debido darle el derecho de resguardar este goce. El interés del marido es evidente; si la mujer no se defiende, ó se defiende mal, la propiedad puede perecer, y con ella el usufructo. Viniendo en apoyo del derecho este interés, el marido debe tener la facultad de intentar las acciones reales en tanto que tiene interés por razón de su goce. Sin embargo no representa á la mujer; no es propietario, no tiene derecho de promover en nombre de la mujer propietaria. Luego las sentencias que intervendrán con él no ligarán á la mujer, porque no fué parte en el proceso ni fué representada en él. (1) De esto se sigue que á consecuencia de las convenciones matrimoniales, el marido no tenía el goce de un propio de la mujer, no tendría ya ni derecho ni interés en promover. (2)

52. ¿Cuál es la jurisprudencia? Preguntamos el hecho, porque, cosa singular, se invoca la autoridad de la Corte de Casación en apoyo de las más contrarias opiniones. Troplong dice que ha consagrado la opinión que el enseña y que distingue entre los derechos del marido como usufructuario y los derechos del marido como administrador; mientras que los editores de Zachariæ, que profesan la misma opinión, dicen que la Suprema Corte reconoce al marido el derecho de promover como administrador de los bienes de la mu-

1 Troplong, t. I, páz. 305, núm. 1,000.
2 Aubry y Rau, t. V, pág. 334, núm. 29, y los autores que citan, en diverso sentido.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

jer. (1) Esto prueba que la jurisprudencia no está muy clara.

Una primera sentencia decide que el marido, siendo *administrador de los bienes de la mujer*, responsable del desmejoramiento que dichos bienes sufren por falta de actos conservatorios, y dueño de los frutos que proceden de ellos durante el matrimonio, tiene un derecho que ejercer, por interés suyo y para la conservación de los derechos de la mujer, las acciones inmobiliares de ésta. Esta es seguramente la doctrina que hemos combatido de acuerdo con Troplong y con Aubry y Rau; ésta da al marido el derecho de intentar acciones inmobiliares en calidad de administrador, lo que consideramos como una herejía jurídica. La misma Corte retrocede ante las consecuencias de su doctrina. Si es verdad que el marido tiene el derecho de promover como administrador legal, tiene, por esto mismo, calidad para representar á la mujer; luego ésta es parte en la causa, y, por consiguiente se le puede oponer la sentencia. La Corte al contrario dice que si la mujer no interviene en la instancia, la sentencia pronunciada contra el marido no tendrá fuerza de cosa juzgada contra ella si le es contraria.

La segunda sentencia de la Corte confunde y embrolla todos los principios. Cita los arts. 1,428 y 1,549, el uno concerniente al régimen de la comunidad, el otro relativo al régimen dotal. Es verdad que el marido es administrador de los bienes dotales en ambos regímenes. Pero su poder de administración bajo el régimen dotal es mucho más extenso; la ley le da el derecho de perseguir á los detentadores de los bienes dotales, es decir, de intentar las acciones reales; lo que es una consecuencia de la ficción romana en virtud de la cual el marido estaba considerado como propietario del dote. El derecho de costumbre ignora esta ficción, el marido es un simple administrador, y el Código no da nunca á los administradores de los bienes ajenos, el derecho de intentar las acciones inmobiliares; el tutor no tiene este derecho (art. 464), los enviados en posesión de bienes de un ausente no lo tienen (t. II, núm. 188). La Corte llega hasta permitir al marido intentar las acciones relativas á los bienes parafernales en los que el marido no tiene ningún derecho; (1) la confusión es completa. Semejante jurisprudencia no tiene ninguna autoridad.

1 Troplong, t. I, pág. 306, núm. 1,008. Aubry y Rau, t. V, pág. 334, nota 29, pfo. 509.

53. La ausencia de todo principio conduce á los procesos y á las decisiones las más irracionales. Ha sido sentenciado que el padre supérstite representaba á los hijos en una acción en la que éstos tenían interés, como si bastara el interés común para dar calidad para promover. ¿Puede el marido representar á su mujer ó á sus hijos cuando no hay comunidad? Sin embargo, la Corte de Limoges lo había así sentenciado. La sentencia fué casada. (2) Creemos inútil reproducir los motivos, basta presentar la cuestión para resolverla.

§ III.—De las deudas contraidas por el marido.

Núm. 1. Para con los acreedores.

54. Hemos dicho ya que para con los acreedores toda deuda del marido es una deuda de la comunidad, y hemos expuesto el fundamento de este principio (t. XXI, números 424-427). La ley aplica el principio á las multas en que incurre el marido por un delito criminal; permite perseguirlas en los bienes de la comunidad á reserva de compensación debida á la mujer (art. 1,424). Pothier tiene bastante dificultad en justificar esta disposición. La mujer está obligada

1 Casación, 14 de Noviembre de 1831, y Denegada, 15 de Mayo de 1832 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 1,336).
2 Casación, 14 de Junio de 1840 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 1,140).

jer. (1) Esto prueba que la jurisprudencia no está muy clara.

Una primera sentencia decide que el marido, siendo *administrador de los bienes de la mujer*, responsable del desmejoramiento que dichos bienes sufren por falta de actos conservatorios, y dueño de los frutos que proceden de ellos durante el matrimonio, tiene un derecho que ejercer, por interés suyo y para la conservación de los derechos de la mujer, las acciones inmobiliares de ésta. Esta es seguramente la doctrina que hemos combatido de acuerdo con Troplong y con Aubry y Rau; ésta da al marido el derecho de intentar acciones inmobiliares en calidad de administrador, lo que consideramos como una herejía jurídica. La misma Corte retrocede ante las consecuencias de su doctrina. Si es verdad que el marido tiene el derecho de promover como administrador legal, tiene, por esto mismo, calidad para representar á la mujer; luego ésta es parte en la causa, y, por consiguiente se le puede oponer la sentencia. La Corte al contrario dice que si la mujer no interviene en la instancia, la sentencia pronunciada contra el marido no tendrá fuerza de cosa juzgada contra ella si le es contraria.

La segunda sentencia de la Corte confunde y embrolla todos los principios. Cita los arts. 1,428 y 1,549, el uno concerniente al régimen de la comunidad, el otro relativo al régimen dotal. Es verdad que el marido es administrador de los bienes dotales en ambos regímenes. Pero su poder de administración bajo el régimen dotal es mucho más extenso; la ley le da el derecho de perseguir á los detentadores de los bienes dotales, es decir, de intentar las acciones reales; lo que es una consecuencia de la ficción romana en virtud de la cual el marido estaba considerado como propietario del dote. El derecho de costumbre ignora esta ficción, el marido es un simple administrador, y el Código no da nunca á los administradores de los bienes ajenos, el derecho de intentar las acciones inmobiliares; el tutor no tiene este derecho (art. 464), los enviados en posesión de bienes de un ausente no lo tienen (t. II, núm. 188). La Corte llega hasta permitir al marido intentar las acciones relativas á los bienes parafernales en los que el marido no tiene ningún derecho; (1) la confusión es completa. Semejante jurisprudencia no tiene ninguna autoridad.

1 Troplong, t. I, pág. 306, núm. 1,008. Aubry y Rau, t. V, pág. 334, nota 29, pfo. 509.

53. La ausencia de todo principio conduce á los procesos y á las decisiones las más irracionales. Ha sido sentenciado que el padre supérstite representaba á los hijos en una acción en la que éstos tenían interés, como si bastara el interés común para dar calidad para promover. ¿Puede el marido representar á su mujer ó á sus hijos cuando no hay comunidad? Sin embargo, la Corte de Limoges lo había así sentenciado. La sentencia fué casada. (2) Creemos inútil reproducir los motivos, basta presentar la cuestión para resolverla.

§ III.—De las deudas contraidas por el marido.

Núm. 1. Para con los acreedores.

54. Hemos dicho ya que para con los acreedores toda deuda del marido es una deuda de la comunidad, y hemos expuesto el fundamento de este principio (t. XXI, números 424-427). La ley aplica el principio á las multas en que incurre el marido por un delito criminal; permite perseguirlas en los bienes de la comunidad á reserva de compensación debida á la mujer (art. 1,424). Pothier tiene bastante dificultad en justificar esta disposición. La mujer está obligada

1 Casación, 14 de Noviembre de 1831, y Denegada, 15 de Mayo de 1832 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 1,336).
2 Casación, 14 de Junio de 1840 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 1,140).

por su aceptación, porque al aceptar se apropia los actos del marido. Y no puede seguramente decirse que la mujer que no tiene ninguna parte en el delito, esté como si lo hubiese cometido con su marido. No por eso deja de ser considerada, dice Pothier, como si se hubiese obligado con él en su calidad de común, á la reparación del delito por su parte en la comunidad. (1) Esta doctrina conduce lógicamente á cargar la comunidad con las multas sin compensación. Pothier no retrocede ante esta consecuencia; nos parece que demuestra la falsedad del principio. ¿Se concibe que los delitos engendren una deuda social? En derecho hay un antiguo adagio que dice: *Nulla delictorum societas* Y la razón, así como el sentido moral, se sublevan contra la obligación impuesta á la mujer de pagar las multas por un delito que le es extraño. Es verdad que el Código le concede compensación, pero esta compensacion puede ser decisoria si la comunidad el mala y si el marido está insolvente. El delito es un hecho esencialmente personal al culpable, luego las obligaciones que resultan de él deberían también ser personales.

El art. 1,424 da lugar a una ligera dificultad de texto. Habla de las multas incurridas por el márido por *crimen*. ¿Quiere esto decir que el principio no recibe aplicación á los *delitos* y á las *contravenciones?* La distinción que el Código Penal de 1816 establece entre las diversas infracciones no existia cuando el Código Civil fué discutido y publicado; la palabra *crimen* está, pues, tomada en su más lata acepción. Esto está también fundado en razón. ¿Se concibe que la comunidad esté obligada por las multas, por las infracciones más graves, y que no lo esté por las multas, por infracciones relativamente ligeras? Esto no tendría sentido. (2)

55. El art. 1,424 agrega una restricción al principio que asienta; dice: "por crimen no implicando muerte civil." El

1 Pothier, *De la comunidad*, núm. 248.
2 Rodière y Pont y todos los autores (t. II, pág. 133, núm. 837).

art. 1,425 aplica esta restricción: "Las condenaciones pronunciadas contra uno de los esposos por crimen, no implicando muerte civil, sólo se dirigen contra su parte en la comunidad y sus bienes personales." Esta excepción ha sido tomada del derecho antiguo. Fué introducida por odio al decomiso de bienes, pena soberanamente injusta que hubiéra herido al esposo inocente y á los hijos. Se justificaba la excepción en derecho, por esta consideración, que la muerte civil estaba incurrida, en el derecho antiguo, por el solo hecho de la condena; luego en el momento en que nacía la obligación de pagar la multa y los gastos, no había ya comunidad, puesto que la muerte civil la disolvía. Esto era una justificación tal cual: habiéndose cometido el crimen durante la comunidad, las obligaciones que nacían de él podían y debían alcanzar á la comunidad, cuando menos por los crímenes del marido, puesto que se le reconocía el poder exhorbitante de obligar á la comunidad por sus delitos. En nuestro moderno derecho la muerte civil no está incurrida más que por la ejecución de la condena (arts. 26 y 27); luego la razón ó pretexto que se alegaba en el derecho antiguo viene á caer; por lo tanto, la excepción del artículo 1,425 no tiene razón de ser. Ya no existe en Francia ni en Bélgica, puesto que la muerte civil está abolida en Bélgica por nuestra constitución, y en Francia por la ley de 1° de Mayo de 1854. (1) Se puede, pues, asentar como regla absoluta que para con los acreedores toda deuda del marido es deuda de la comunidad. Esto es lógico puesto que el marido es señor de los bienes comunes.

Núm. 2. Entre esposos.

56. El art. 1,469, que dispone que las deudas contraidas por el marido durante la comunidad caigan en el pasivo de

1 Aubry y Rau, t. V, pág. 332, nota 24. Denegada, 2 de Mayo de 1864 (Dalloz, 1864, 1, 266).

ésta, agrega: "á reserva de compensación cuando hay lugar." Pothier explica lo que llama una excepción, por esta consideración: que el marido debe indemnizar á la comunidad cuando la deuda ha sido contraída para negocios que son relativos á su único interés y de los que sólo él aprovecha. A decir verdad, la excepción es una regla general del régimen de la comunidad; deriva de un principio que Pothier formula como sigue: "Aunque el marido sea durante la comunidad dueño absoluto de los bienes comunes y que pueda, en consecuencia, di-poner de ellos á su gusto, no puede, sin embargo, mejorarse en perjuicio de la parte que debe tener en ella la mujer." (1) El principio de las compensaciones no es especial al marido, es una regla general de nuestro régimen que el Código formula en el art 1,437; volveremos á ocuparnos de él al tratar de la liquidación de la comunidad.

57. Para que el marido deba compensación, es menester, según la regla del art. 1,437, que haya sacado un provecho personal de los bienes de la comunidad. Y no es sacar un provecho personal de los bienes comunes, el obligarse en interés de un tercero en cuyo negocio se es extraño. Pothier lo hace notar, y esto es evidente. El marido da caución por un amigo en cuyos negocios no tiene ningún interés, únicamente para prestarle servicio; la deuda está á cargo de la comunidad, sin que el marido deba por ella compensación, pues no ha sacado ningún provecho personal de ella. Esto es perder los bienes comunes, y el marido tiene derecho para perderlos (2)

La Corte de Casación ha hecho la aplicación de estos principios á los préstamos que el marido contrae durante la comunidad. En el caso, la mujer reclama una compensación, porque no estaba comprobado que la mujer hubiera

1 Pothier, *De la comunidad*, núm. 250.
2 Pothier, *De la comunidad*, núm. 248.

aprovechado algo de las sumas pedidas. La Corte sentenció que los préstamos hechos por el marido se presumían haber sido contraídos en interés de la comunidad; de esto concluye que á aquel que reclama una compensación toca probar que el dinero tomado en préstamo sirvió para pagar deudas personales del marido ó de aquel que sacó un provecho cualquiera. (1) Nos parece que la sentencia, justa en el fondo, está mal motivada. La ley no establece la presunción de que los préstamos contraídos por el marido se hacen por interés de la comunidad, esto implicaría que el marido sólo obligaría á la comunidad sin deber compensación, cuando la deuda es contraída en interés de la comunidad. Pues bien, Pothier acaba de decirnos lo contrario, y esto no es dudoso. El marido no tiene, pues, necesidad de esta pretendida presunción para rechazar el pedimento de una compensación. Aquel que sostiene que el marido debe compensación es demandante, pues reclama una indemnización á cargo del marido, debe probar el fundamento de su demanda, es decir, que el marido ha sacado un provecho personal del dinero pedido prestado.

58. ¿Cuándo saca el marido un provecho personal de los bienes de la comunidad? Esto es una cuestión de hecho. El art. 1,437 da ejemplos acerca de los que volveremos á hablar. Acabamos de decir que el marido debe compensación cuando dota á un hijo de primer matrimonio con dinero ó con bienes tomados de la comunidad (art. 1,469). Esto es un provecho personal en este sentido, que el marido paga una deuda que le es personal (núm. 45).

Hay casos en los que el marido debe compensación por una deuda personal saldada por la comunidad, sin que se pueda decir que saca de ella un provecho personal en este sentido, que se haya enriquecido. Según el art. 1,424, el marido debe compensación por las multas que la comunidad ha

1 Casación, 19 de Julio de 1864 (Dalloz, 1865, 1, 66).

pagado en su descargo. No se enriquece con ello, pero saca un provecho personal de la comunidad, puesto que la deuda personal por su naturaleza hubiera debido pagarse con los bienes que le son personales; la comunidad hace un anticipo que el marido debe recompensar. Importa precisar el verdadero motivo de esta decisión, porque nos servira para decidir una cuestión muy controvertida. Troplong dice que esto es una derogación á los verdaderos principios que rigen el poder del marido; sería más verdadero decir que esto es una derogación á la teoría nacional, una innovación legislativa. Queda por saber cuál de ambas doctrinas es la más jurídica. Hemos ya contestado esta pregunta. El marido es, sin duda, señor de la comunidad, dispone de ella á su gusto aun para negocios extraños á la sociedad conyugal. Esto es ir ya demasiado lejos el permirirle obligar á la comunidad sin compensación, cuando no obra en interés de la comunidad. El legislador francés ha pensado que sería ir demasiado lejos y violar el principio esencial de toda sociedad, declarar á la mujer común obligada por los delitos del marido. La mujer, al aceptar, se apropia los actos del marido. Se concibe en rigor que está como si hubiese concurrido á la caución que dió el marido por un amigo, aunque este acto sea extraño á la comunidad, pues nada de lo que interesa al marido es extraño á la mujer; pero no hay principio ni ficción que pueda explicar que la mujer sea cómplice de un delito del marido en el que no ha participado. El delito es el más personal de todos los actos; las obligaciones que engendra deben también ser personales al autor del delito.

59. Prejuzgamos en esto la decisión de una cuestión muy controvertida: ¿debe el marido compensación por las reparaciones civiles que resultan del delito y que la comunidad estuvo obligada á pagar? Que la comunidad esté obligada para los terceros esto no es dudoso, puesto que está obligada aun por las multas. ¿Pero tiene derecho á compensación por este punto? Esta es nuestra opinión. El Código Civil establece en dos artículos (1,049 y 1,424) el principio de que el marido debe compensación por las deudas que le son personales, y considera como deuda personal á la multa en que incurre el marido por un delito criminal. La multa es una consecuencia del delito. Si la multa es personal al marido porque el delito le es personal, lo mismo debe suceder con las reparaciones civiles por identidad de motivos, siendo las reparaciones una consecuencia del delito, así como lo son las multas.

Se objeta el texto de la ley; el art. 1,421 no obliga al marido á compensación más que para las multas, la ley no habla de reparaciones civiles; se concluye de esto que el marido no debe ninguna compensación por este punto. El argumento sería bueno si el art. 1,424 estableciera una excepción al derecho común; pero no es así; el Código deroga al derechó antiguo, pero al innovar vuelve á los verdaderos principios. El art. 1,424 es, pues, la aplicación de un nuevo principio más racional que el antiguo: ¿No fuera contradictorio aplicar las doctrinas tradicionales á las reparaciones civiles, cuando el legislador las desechó para las multas? ¿Se concibe que haya dos reglas contrarias para dos consecuencias de un mismo y solo hecho? Las multas son personales por estar incurridas por un hecho personal; y las reparaciones civiles igualmente incurridas por un hecho personal ¿no habían de ser personales?

Para admitir semejante anomalía sería preciso que la ley lo mandara. Y la ley sólo dice que las multas dan lugar á compensación, no dice que sólo las multas dan lugar á ella. El texto es, pues, restrictivo; esto basta para que el intérprete pueda y deba aplicar á las reparaciones civiles el principio que el art. 1,424 aplica á las multas. Se pretende que

el sentido restrictivo del art. 1,424 resulta de la combinación de este artículo con el art. 1,425. Cuando se trata de las consecuencias del delito que el Código pone á cargo del marido, en este sentido, que debe compensación, emplea la palabra *multas*. Cuando se trata de las consecuencias de un crimen implicando muerte civil que el Código no permite perseguir contra la comunidad, emplea la expresión general de *condenaciones*, que comprende tanto á las reparaciones civiles como á las multas. Si la intención del legislador en el art. 1,424 hubiera sido poner las reparaciones civiles á cargo personal del marido, se hubiera valido de la expresión general *condenaciones*, empleando la expresión especial de *multas*; debe haberlo hecho en un sentido restrictivo. Creemos que se da á las expresiones de que se sirve la ley una significación que no tienen. El legislador francés no gusta de repetir las mismas expresiones. ¿Quién dice que no es esta la razón por la que se sirve de la palabra *multas* en el artículo 1,424 y de la palabra *condenaciones* en el artículo 1,425?

Nada se dijo en los trabajos preparatorios acerca de los arts. 1,424 y 1,425; ambas interpretaciones son, pues, admisibles, la que restriñe el art. 1,424 á las multas y la que permite aplicarlo á las reparaciones civiles. ¿Cuál debería escogerse? Nosotros damos la preferencia á la interpretación que es racional. Bajo este punto de vista podemos invocar en nuestro favor el art. 1,425 del que se prevalen los contrarios á nuestra opinión; ponen en la misma línea las reparaciones civiles y las multas cuando se trata de un crimen implicando muerte civil, aunque las reparaciones civiles estén debidas desde el día en que el hecho perjuicioso fué cometido, y no desde el día de la sentencia; no se puede dar otro motivo á la disposición, si no sería irracional distinguir entre las varias obligaciones que resultan de un crimen. Si esto es irracional para los crímenes previstos por el art. 1,425, lo es también para los delitos de que habla el artículo 1,424.

Se hace también una objeción contra nuestra teoría de los hechos personales. Conduce lógicamente, se dice, á poner á cargo del marido, sin compensación, las obligaciones que nacen del delito civil y aun las que nacen de un cuasidelito, y si se quisiera llevar el principio más allá, habría aún que decir que siendo personal al marido el dolo, así como toda clase de falta, él solo debe responder por ellas. Contestamos que esto es dar á nuestra teoría un alcance que no tiene. Hay una línea de demarcación natural entre las infracciones penales y las obligaciones civiles. El delito es un hecho esencialmente personal al que la mujer es extraña y del que no debe sufrir. No pasa así con el dolo y la falta aquiliana, aquí se entra en el derecho común; el dolo es una especie de falta, y la falta aquiliana no difiere en esencia de la falta convencional. Desde luego los principios de derecho no se oponen á que se extiendan á la mujer las obligaciones que contrae el marido por un delito ó un cuasidelito, mientras que el sentido moral se subleva al pensar que un crimen impone una obligación cualquiera á la mujer que es inocente. (1)

ARTICULO 2. Derechos de la mujer.

60. ¿Tiene la mujer derechos durante la comunidad? Es socio en virtud de la convención tácita que formó la comunidad legal, pero es un socio sin derechos actuales. En este sentido Dumoulin decía que no era socio, que sólo tenía esperanza de llegar á serlo. Pothier desarrolla esta idea diciendo: "El derecho de la mujer en los bienes de la comu-

1 Rodière y Pont, t. II, pág. 133, núm. 838, y los autores que citan. En sentido contrario, Aubry y Rau, t. V, pág. 333 y nota 27, pfo. 509, y los autores que citan. Debe agregarse Colmet de Santerre, t. VI, pág. 156, núm. 68 *bis* IV. Sólo conocemos una sentencia formal acerca de nuestra cuestión; es aplicable á la opinión que combatimos. Douai, 30 de Enero de 1840 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 977(.

el sentido restrictivo del art. 1,424 resulta de la combinación de este artículo con el art. 1,425. Cuando se trata de las consecuencias del delito que el Código pone á cargo del marido, en este sentido, que debe compensación, emplea la palabra *multas*. Cuando se trata de las consecuencias de un crimen implicando muerte civil que el Código no permite perseguir contra la comunidad, emplea la expresión general de *condenaciones*, que comprende tanto á las reparaciones civiles como á las multas. Si la intención del legislador en el art. 1,424 hubiera sido poner las reparaciones civiles á cargo personal del marido, se hubiera valido de la expresión general *condenaciones*, empleando la expresión especial de *multas*; debe haberlo hecho en un sentido restrictivo. Creemos que se da á las expresiones de que se sirve la ley una significación que no tienen. El legislador francés no gusta de repetir las mismas expresiones. ¿Quién dice que no es esta la razón por la que se sirve de la palabra *multas* en el artículo 1,424 y de la palabra *condenaciones* en el artículo 1,425?

Nada se dijo en los trabajos preparatorios acerca de los arts. 1,424 y 1,425; ambas interpretaciones son, pues, admisibles, la que restriñe el art. 1,424 á las multas y la que permite aplicarlo á las reparaciones civiles. ¿Cuál debería escogerse? Nosotros damos la preferencia á la interpretación que es racional. Bajo este punto de vista podemos invocar en nuestro favor el art. 1,425 del que se prevalen los contrarios á nuestra opinión; ponen en la misma línea las reparaciones civiles y las multas cuando se trata de un crimen implicando muerte civil, aunque las reparaciones civiles estén debidas desde el día en que el hecho perjuicioso fué cometido, y no desde el día de la sentencia; no se puede dar otro motivo á la disposición, si no sería irracional distinguir entre las varias obligaciones que resultan de un crimen. Si esto es irracional para los crímenes previstos por el art. 1,425, lo es también para los delitos de que habla el artículo 1,424.

Se hace también una objeción contra nuestra teoría de los hechos personales. Conduce lógicamente, se dice, á poner á cargo del marido, sin compensación, las obligaciones que nacen del delito civil y aun las que nacen de un cuasidelito, y si se quisiera llevar el principio más allá, habría aún que decir que siendo personal al marido el dolo, así como toda clase de falta, él solo debe responder por ellas. Contestamos que esto es dar á nuestra teoría un alcance que no tiene. Hay una línea de demarcación natural entre las infracciones penales y las obligaciones civiles. El delito es un hecho esencialmente personal al que la mujer es extraña y del que no debe sufrir. No pasa así con el dolo y la falta aquiliana, aquí se entra en el derecho común; el dolo es una especie de falta, y la falta aquiliana no difiere en esencia de la falta convencional. Desde luego los principios de derecho no se oponen á que se extiendan á la mujer las obligaciones que contrae el marido por un delito ó un cuasidelito, mientras que el sentido moral se subleva al pensar que un crimen impone una obligación cualquiera á la mujer que es inocente. (1)

ARTICULO 2. Derechos de la mujer.

60. ¿Tiene la mujer derechos durante la comunidad? Es socio en virtud de la convención tácita que formó la comunidad legal, pero es un socio sin derechos actuales. En este sentido Dumoulin decía que no era socio, que sólo tenía esperanza de llegar á serlo. Pothier desarrolla esta idea diciendo: "El derecho de la mujer en los bienes de la comu-

1 Rodière y Pont, t. II, pág. 133, núm. 838, y los autores que citan. En sentido contrario, Aubry y Rau, t. V, pág. 333 y nota 27, pfo. 509, y los autores que citan. Debe agregarse Colmet de Santerre, t. VI, pág. 156, núm. 68 *bis* IV. Sólo conocemos una sentencia formal acerca de nuestra cuestión; es aplicable á la opinión que combatimos. Douai, 30 de Enero de 1840 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 977(.

nidad no es, mientras dura, más que un derecho informe, puesto que no sólo no puede por sí disponer en nada de la parte que pone en la sociedad, sino que es su marido quien, en calidad de jefe de la comunidad, tiene solo, mientras dura, el derecho de disponer como de su propia cosa, de todos los efectos que la componen, tanto por la parte de la mujer como por la suya. El derecho de la mujer se reduce, pues, mientras dura la comunidad, á una *simple esperanza* de dividir los bienes que se encontraran en la comunidad cuando se disuelva; sólo mediante la disolución es como el derecho de la mujer se abre y se hace un verdadero derecho efectivo de propiedad por la mitad de todos los bienes que la componen.» (1)

Pothier dice esto en el primer número de la rúbrica titulada: *Derecho de la mujer en los bienes de la comunidad*. ¿Cuál es este derecho? El relator del Tribunado contesta: «que no lo tiene mientras existe la comunidad, ni en la administración ni en la disposición de los bienes que la componen.» (2)

El texto del Código está en harmonía con la tradición. Según el art. 1,421, el marido administra *solo* los bienes de la comunidad; la mujer no concurre, pues, en la administración. No teniendo derecho para consentir, no tiene el de formar oposición á los actos del marido. Lo mismo sucede con las enajenaciones: el marido puede disponer á título oneroso de los bienes de la comunidad sin el concurso de la mujer. El marido es señor y dueño, usa y abusa. La mujer no tiene otro medio de impedir las malas gestiones del marido más que solicitando la disolución de la comunidad. Ni siquiera tiene derecho á una indemnización cuando el marido ha malgastado los bienes; esto es un derecho para el marido, quien puede perder los bienes comunes: no es responsable por su gestión, ni por los abusos de poder; tiene derecho de abusar, puesto que es el señor y dueño. (1)

1 Pothier, *De la comunidad*, núm. 497.
2 Duveyrier, *Informe* núm. 18 (Locré, t. VI, pág. 418).

61. ¿Tiene la mujer el derecho de obrar cuando el marido se encuentra en la imposibilidad de hacerlo? En regla general nó. El marido es entredicho; ¿quién administrará la comunidad? El tutor; luego la mujer, si es tutora, y con esa calidad; si no es tutora, está sin derecho. Cuando se trata de casar á un hijo común, nada más natural que transportar á la mujer el derecho de dotarlo, puesto que la obligación de dotar es común á ambos esposos en tanto que constituye una deuda natural. Sin embargo el Código dice que la dote ó el anticipo de herencia y las demás convenciones matrimoniales serán arregladas por un consejo de familia homologado por el tribunal (art. 511). Si el marido está ausente, en el sentido legal de la palabra, la administración de la comunidad no pasa á la mujer, apesar de la probabilidad de muerte. Hemos expuesto en el título de la *Ausencia*, las medidas que el legislador ha prescripto para conciliar los derechos del ausente con los de la mujer. (2)

62. Sin embargo la mujer no está absolutamente sin derecho, como parece decirlo Duveyrier. En caso de ausencia, la mujer puede comprometer los bienes de la comunidad para el establecimiento de sus hijos, después de haber sido autorizada por la justicia. Si puede obligar á la comunidad es que está asociada, luego copropietaria. Obliga también á la comunidad cuando trata con autorización marital. No es el marido quien la obliga, puesto que no figura en el contrato, sólo interviene en él para autorizar á la mujer incapaz; es, pues, ésta quien contrata, luego es asociada y propietaria. La mujer desempeña también un gran papel bajo nuestro régimen, como mandataria del marido: obliga al marido y por consiguiente á la comunidad. Por esto es

1 Pothier, *De la comunidad*, núm. 470.
2 Rodière y Pont, t. II, pág. 154, núm. 861.

que Pothier trata del derecho de la mujer en los bienes de la comunidad y acabamos de hacerlo como él.

§ I.—De las deudas contraidas por la mujer sin autorizacion.

63. El art. 1,426 dice que «los actos hechos por la mujer sin el consentimiento de su marido y aun con autorización de la justicia, no obligan á los bienes de la comunidad.» ¿Por qué no tiene la mujer el derecho de obligar á la comunidad? Es de principio que aquel que obliga á su persona obliga sus bienes (art. 2,092, ley hipotecaria art. 798). Si la mujer no obliga á los bienes de la comunidad, es porque no están en su dominio, pertenecen al marido, quien *solo* tiene derecho de administrarlos y disponer de ellos. Esto parece contradictorio con lo que acabamos de decir (número 62); pero en esta materia no hay verdad absoluta, y cuando los intérpretes dicen, unos que la mujer es socio, otros que no lo es, deben entenderse estas proposiciones con una reserva. La mujer es socio, pero sin derecho actual, excepto en raros casos en los que la ley le permite comprometer á los bienes de la comunidad. Regularmente la mujer, al obligarse, no obliga á la comunidad aunque contraiga con autorización de justicia. La justicia sólo interviene para cubrir la incapacidad de la mujer; la mujer autorizada se vuelve capaz para obligarse, pero no puede obligar sino su patrimonio; es decir, la nuda propiedad de sus bienes propios; en cuanto al goce, pertenece al marido como jefe de la comunidad; y la justicia no puede autorizar á la mujer para que obligue los bienes de la comunidad; sólo el marido tiene el derecho de disponer de ella directa ó indirectamente.

64. En principio, la mujer no tiene derecho de obligar á la comunidad más que con el consentimiento de su marido. Ya hemos dado las razones de ello en otro lugar (t. XXI, núm. 429). Luego desde que la mujer se obliga sin consentimiento del marido, la comunidad no está obligada por sus compromisos. Y hay obligaciones que, por su naturaleza, están contraídas sin consentimiento del marido. Tales son los cuasicontratos, los delitos y los cuasidelitos; todos estos compromisos se forman sin convención; es decir, sin que haya concurso de consentimiento. Cuando la mujer está obligada en virtud de un cuasicontrato de gestión de negocios, lo está en virtud de la ley; con más razón el marido no está llamado á consentir ni á rehusar su consentimiento; desde luego, la comunidad no podía estar obligada.

65. En cuanto á los delitos criminales, el art. 1,424 dice que las multas incurridas por la mujer sólo pueden ejecutarse en la nuda propiedad de sus bienes personales mientras dura la comunidad. Para los delitos criminales, así como para los delitos civiles, no interviene ningún concurso de consentimiento; la mujer autora del delito lo comete, es verdad, voluntariamente; en este sentido está obligada por su voluntad; pero quedando el marido extraño al delito resulta que la comunidad no podría estar obligada, puesto que sólo puede estarlo por consentimiento del marido. La mujer sola queda obligada á todas las consecuencias de su delito, y esto en sus bienes como deudora; luego, como dice el art. 1,424, en la nuda propiedad de sus propios. Este es el efecto que producen las obligaciones de la mujer cuando el marido no consiente.

El art. 1,424 no habla de las reparaciones civiles. El mismo principio debe recibir su aplicación á todas las consecuencias del delito; si las multas pueden perseguirse en los bienes de la mujer, lo mismo debe suceder para las reparaciones civiles. En la opinión que hemos profesado acerca del art. 1,424, esto no es dudoso, puesto que lo consideramos como una aplicación de un principio general. Aquellos, al contrario, que sostienen que consagra una excepción, que es

restrictivo, debieran para ser consecuentes admitir que es restrictivo en lo que se refiere á la mujer, tanto como para con el marido, pues los términos no difieren. (1) Pero la interpretación restrictiva conduciría á una consecuencia absurda: es que la parte lesionada por el delito no tendría ninguna acción en los bienes de la mujer durante la comunidad. Debe, pues, obligatoriamente reconocerse que el art. 1,424 debe ser interpretado por los principios generales del derecho.

66. Se supone que el marido autoriza á su mujer para defenderse en acción pública ó en acción civil dirigida contra ella. ¿Tendrá esta autorización por efecto dar acción al acreedor contra el marido, es decir, contra la comunidad? La cuestión nos parece singular. En cuanto á la acción pública, la mujer no necesita estar autorizada, luego la autorización que le fuera dada no tendría ningún objeto. Si la mujer está sólo perseguida en negocio civil por la parte lesionada, debe estar autorizada para litigar. Se dice que esta obligación obligó al marido y á la comunidad. Volveremos más tarde á ocuparnos de esta cuestión de principio, la de saber si el art. 1,419 se aplica á las condenas judiciales pronunciadas contra la mujer que litigó con autorización marital. La cuestión del delito criminal es especial, puesto que una disposición terminante declara que el acreedor no tiene ninguna acción contra la comunidad. Sin embargo se enseña que la autorización del marido tiene por efecto obligarle así como á la comunidad; ¿por qué? Porque el hecho de autorizar á la mujer para defenderse implica la idea que la comunidad ha sacado provecho del delito, provecho que el marido quiere conservar autorizando á su mujer para litigar en justicia. Supongamos que el marido tenga tal idea; sólo tendría que dejar litigar á su mujer con autorización del juez, lo que no lo expondría al mal éxito del proceso. Pero no entendemos que se presuma que el marido quiera tomar por su

1 Véase más atrás, núm. 59.

cuenta el mal éxito del proceso; aunque lo quisiera no lo podría hacer. ¿Puede obligar á la comunidad por un delito de la mujer? Se agrega: sin embargo la *presunción no es absoluta*, el marido podrá destruirla por la prueba contraria, en cuyo caso, aunque quedando obligado para con los acreedores, tendrá derecho á compensación contra la mujer. (1) Así se comienza por imaginar una presunción que la ley ignora, luego se reconoce que la tal presunción no es absoluta y permite al marido dar la prueba contraria. ¿Es el intérprete el que habla, ó es el legislador? Es el intérprete que se vuelve legislador, pues la ley sólo puede crear las presunciones, admitiendo ó prohibiendo la prueba contraria. Si señalamos estos errores, esto es como excusa por escribir tantos volúmenes para establecer los principios; se ve que los principios más elementales están desconocidos por los mejores autores.

67. En el título *De las Obligaciones* hemos dicho que el marido es, en ciertos casos, civilmente responsable de los delitos cometidos por su mujer (t. XX, núm. 601). Esta es una responsabilidad enteramente excepcional que, por este motivo, no puede ser extendida fuera de los límites en los que leyes especiales la establecen. Hay tribunales de paz que han condenado al marido como civilmente responsable por toda clase de delitos cometidos por la mujer, asimilándola á un hijo menor. El error es evidente; una de estas decisiones deferida á la Corte Suprema en interés de la ley, fué casada. (2)

Cuando el marido es civilmente responsable, la deuda se vuelve deuda de la comunidad, en virtud del principio general que toda deuda del marido lo es de la comunidad. Lo mismo sucedería si el marido fuera coautor ó cómplice del

1 Rodière y Pont, t. II, pág. 75, núm. 783, según Zachariæ, Massé y Vergé y Troplong.

2 Casación, sección criminal, 18 de Noviembre de 1824 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 987). Compárense las sentencias relatadas por Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núms. 987, 989-991.

delito ó del hecho perjudicial. La Corte de Casación ha aplicado este principio al caso siguiente. Una persona dejó al morir un testamento en favor de su sobrino. Algunos meses antes de su muerte, la mujer del legatario se había transportado cerca del enfermo para atenderlo. Después de su muerte, se encontró en su ropa papeles que dicha mujer rompió. Una sobrina del difunto pretendió que el escrito roto contenía una revocación del testamento y reclamó, por este punto, daños y perjuicios contra el legatario y su mujer. El marido declaró que no había autorizado á su mujer para destruir el escrito y que aun ignoraba tal hecho. Sin embargo, la Corte de Rouen condenó á ambos esposos solidariamente á pagar una renta vitalicia de 1,500 francos. En el recurso intervino una sentencia de denegada. Ambas decisiones nos parecen muy mal motivadas en cuanto á la responsabilidad del marido. No estaba comprobado que fuera cómplice de la destrucción del documento. El único motivo que da la Corte, es que la mujer había sido enviada con consentimiento del marido, á la casa del difunto, y que había obrado en interés de su marido, legatario universal. (1) Esto era una falsa aplicación del art. 1,384: la mujer encargada de cuidar al enfermo no era representante del marido, era dependiente de quien la había empleado en este cuidado, luego del enfermo. En cuanto al interés del legatario no bastaba seguramente para hacerlo responsable.

68. Decimos que el interés del marido no basta para hacerlo responsable de un delito de su mujer. Otra es la cuestión de saber si la comunidad está obligada cuando aprovecha de una obligación contraída por la mujer, aunque no esté autorizada. Pothier pone como principio que cuando la mujer se obliga con autorización de justicia, por haber rehusado su marido, la comunidad está obligada hasta concurrencia del provecho que ha sacado en el negocio. Da como ejemplo la promoción de derechos sucesivos hecha por la mujer con autorización de justicia; si el marido recoge los bienes la comunidad estará obligada hasta concurrencia de lo que ha aprovechado. La costumbre de Orleáns contenía para esto una disposición expresa: «Sin embargo el marido estará obligado á reportar lo que había tomado ó recibido á causa de dichos derechos y acciones perseguidos por su mujer.» (1) Esta doctrina ha sido implícitamente consagrada por el Código Civil (art. 1,416); está fundada en la consideración de equidad que no permite aventajarse á expensas ajenas. Esto es lo que los intérpretes llaman acción *de in rem verso*; la hemos tratado en el título de los *Cuasicontratos* y volveremos á ella en el título de la *Sociedad*; es de principio, como lo diremos, que la socidad está obligada por los compromisos que uno de los socios ha contraído sin mandato, cuando la obligación ha sido provechosa para él. Lo que es verdad para la sociedad ordinaria lo es también para la comunidad.

1 Denegada, 27 de Febrero de 1827 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 991).

La Corte de Casación ha hecho la aplicación de este principio en el caso siguiente. Una sucesión mobiliar venció á una mujer casada. Estando abierta dicha sucesión en un lugar bastante lejano del domicilio de los esposos, la mujer manda por su cuenta un agente de negocios encargado de vigilar que los bienes no fuesen mal gastados. Cuando la liquidación de la comunidad, la mujer pidió que se pusieran en el pasivo los 500 francos pedidos por el mandatario. Fué contestado que la mujer había obrado sin autorización. La Corte de Apelación y la de Casación decidieron que la comunidad estaba obligada á pagar estos gastos puesto qne habia aprovechado de ellos. (2)

1 Pothier, *De la comunidad*, núm. 255.
2 Casación, 3 de Febrero de 1830 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 616).

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

Si la comunidad no aprovecha las deudas que la mujer ha contraído sin autorización del marido, no está obligada á pagarlos. Así, es de doctrina y de jurisprudencia que la comunidad no está obligada cuando la mujer transmite por vía de endose, sin autorización de su marido, un vale á la orden perteneciendo á la comunidad; la mujer no tiene derecho para obligar á la comunidad. (1)

§ II.—De las deudas contraidas por la mujer con autorizacion del marido.

Núm. 1. El Principio.

69. Las deudas contraídas por la mujer con consentimiento del marido caen en el pasivo de la comunidad (art. 1,409, 2.°) De esto se sigue que los acreedores pueden perseguir el pago de las deudas que la mujer ha contraído con el consentimiento del marido, primero en los bienes de la mujer, y luego en los de la comunidad, y en fin, en los bienes del marido (art. 1,409).

¿Qué es la autorización marital y cómo se da? Hemos tratado esta materia en el libro primero, que es su sitio. Deben aplicarse á la comunidad los principios generales, puesto que la ley no deroga á ellos. El art. 1,426 parece, sin embargo, derogarlos en lo que se refiere á la mujer comerciante. Después de haber dicho que los actos hechos por la mujer sin consentimiento del marido y aun con autorización de justicia no comprometen á la comunidad, la ley agrega: «Si no es cuando contrae como comerciante y por hecho de su comercio.» Esto parece decir que la mujer comerciante obliga á la comunidad sin consentimiento del marido. La ley se explica mal; la misma inexactitud se encuentra en el artículo 220 que dice aun más terminantemente: «La mujer, si

1 Rodière y Pont, t. II, pág. 72, núm. 779. Véanse las sentencias en el *Repertorio* de Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 985.

es comerciante, puede sin autorización de su marido, obligarse para lo que se refiere á su negocio; y en este caso, obliga también á su marido, si entre ellos hay comunidad.» De manera que el marido estaría obligado, y por consiguiente también la comunidad, sin consentimiento del marido. Es evidente que tal no puede ser el sentido de la ley. Lo que es verdad es que la mujer comerciante no tiene necesidad de una autorización especial para obligarse y obligar á la comunidad; la autorización general que le da el marida para que pueda ejercer su comercio, está considerada por la ley como suficiente. Transladamos á lo que fué dicho en el primer libro.

70. ¿En qué sentido la mujer autorizada obliga á su marido? En principio, el que autoriza no se obliga; luego el marido que autoriza á su mujer, no es deudor personal; no es él quien figura en el contrato, es la mujer quien ofrece, ella es, pues, la deudora. ¿Se dirá que hay excepción al principio cuando los esposos son comunes en bienes? Hay efectivamente una excepción, pero debe verse cuál es su significación y su alcance. Puesto que la excepción concierne la comunidad, es en el título del *Contrato de matrimonio* donde debe buscarse la explicación. El art. 1,409, núm. 2, dice que la comunidad se compone pasivamente de las deudas *contraídas por la mujer* con consentimiento del marido. La mujer es quien contrae, ella es quien es deudora; sólo que estando la deuda contraída con autorización marital, la ley la hace con el pasivo de la comunidad. El art. 1,409 no dice que el marido sea deudor; distingue, al contrario, las deudas que el marido contrae y las que contrae la mujer con consentimiento del marido. Sigue luego el art. 1,419 que permite á los acreedores perseguir el pago de las deudas que la mujer ha contraído con consentimiento del marido, tanto en los bienes de la comunidad como en los del marido y de la mujer. ¿Por qué tienen los acreedo-

Si la comunidad no aprovecha las deudas que la mujer ha contraído sin autorización del marido, no está obligada á pagarlos. Así, es de doctrina y de jurisprudencia que la comunidad no está obligada cuando la mujer transmite por vía de endose, sin autorización de su marido, un vale á la orden perteneciendo á la comunidad; la mujer no tiene derecho para obligar á la comunidad. (1)

§ II.—De las deudas contraidas por la mujer con autorizacion del marido.

Núm. 1. El Principio.

69. Las deudas contraídas por la mujer con consentimiento del marido caen en el pasivo de la comunidad (art. 1,409, 2.°) De esto se sigue que los acreedores pueden perseguir el pago de las deudas que la mujer ha contraído con el consentimiento del marido, primero en los bienes de la mujer, y luego en los de la comunidad, y en fin, en los bienes del marido (art. 1,409).

¿Qué es la autorización marital y cómo se da? Hemos tratado esta materia en el libro primero, que es su sitio. Deben aplicarse á la comunidad los principios generales, puesto que la ley no deroga á ellos. El art. 1,426 parece, sin embargo, derogarlos en lo que se refiere á la mujer comerciante. Después de haber dicho que los actos hechos por la mujer sin consentimiento del marido y aun con autorización de justicia no comprometen á la comunidad, la ley agrega: «Si no es cuando contrae como comerciante y por hecho de su comercio.» Esto parece decir que la mujer comerciante obliga á la comunidad sin consentimiento del marido. La ley se explica mal; la misma inexactitud se encuentra en el artículo 220 que dice aun más terminantemente: «La mujer, si

1 Rodière y Pont, t. II, pág. 72, núm. 779. Véanse las sentencias en el *Repertorio* de Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 985.

es comerciante, puede sin autorización de su marido, obligarse para lo que se refiere á su negocio; y en este caso, obliga también á su marido, si entre ellos hay comunidad.» De manera que el marido estaría obligado, y por consiguiente también la comunidad, sin consentimiento del marido. Es evidente que tal no puede ser el sentido de la ley. Lo que es verdad es que la mujer comerciante no tiene necesidad de una autorización especial para obligarse y obligar á la comunidad; la autorización general que le da el marida para que pueda ejercer su comercio, está considerada por la ley como suficiente. Transladamos á lo que fué dicho en el primer libro.

70. ¿En qué sentido la mujer autorizada obliga á su marido? En principio, el que autoriza no se obliga; luego el marido que autoriza á su mujer, no es deudor personal; no es él quien figura en el contrato, es la mujer quien ofrece, ella es, pues, la deudora. ¿Se dirá que hay excepción al principio cuando los esposos son comunes en bienes? Hay efectivamente una excepción, pero debe verse cuál es su significación y su alcance. Puesto que la excepción concierne la comunidad, es en el título del *Contrato de matrimonio* donde debe buscarse la explicación. El art. 1,409, núm. 2, dice que la comunidad se compone pasivamente de las deudas *contraídas por la mujer* con consentimiento del marido. La mujer es quien contrae, ella es quien es deudora; sólo que estando la deuda contraída con autorización marital, la ley la hace con el pasivo de la comunidad. El art. 1,409 no dice que el marido sea deudor; distingue, al contrario, las deudas que el marido contrae y las que contrae la mujer con consentimiento del marido. Sigue luego el art. 1,419 que permite á los acreedores perseguir el pago de las deudas que la mujer ha contraído con consentimiento del marido, tanto en los bienes de la comunidad como en los del marido y de la mujer. ¿Por qué tienen los acreedo-

res acción en los bienes del marido, aunque el marido no haya figurado en el contrato? Esto es una consecuencia del principio establecido por el art. 1,409: las deudas de la mujer autorizada, entran en el pasivo de la comunidad; y toda deuda de la comunidad puede perseguirse en los bienes del marido, puesto que los bienes de éste sólo forman un solo y mismo patrimonio con el de la comunidad por lo que se refiere á los actas á título oneroso; el acreedor que tiene acción en los bienes de la comunidad, la tiene, pues, necesariamente en el patrimonio del marido, lo mismo que el acreedor que tiene acción en los bienes del marido la tiene en los de la comunidad. Es en este sentido que se dice que toda deuda del marido es deuda de la comunidad, y que toda deuda de la comunidad es deuda del marido. En definitiva, si el marido puede ser perseguido en sus bienes personales cuando autoriza á su mujer para contratar, no es porque sea deudor personal, es imposible ser deudor personal sin haber figurado en el contrato; y el marido que consiente á que su mujer se obligue, no se compromete, luego no es deudor personal. Está obligado en sus bienes porque éstos se confunden con los de la comunidad y que ésta se encuentra obligada por las deudas que la mujer ha contratado con autorización suya. Pero la confusión de ambos patrimonios cesa en la disolución de la comunidad, desde entonces el marido deja de estar obligado en sus bienes por las deudas que la mujer ha contraído con su autorización, en este sentido, que sólo está obligado á ello como esposo común en bienes, es decir, por nulidad. No está obligado como deudor personal, pues nunca lo ha sido. Volveremos á ocuparnos de este punto que está muy controvertido. (1)

71. La cuestión también se presenta durante la comunidad, en caso de quiebra de la mujer. Se supone que obtiene un concordato que le hace remesa de la mitad de las deudas. ¿Pueden los acreedores perseguir á la comunidad y al marido por la otra mitad que se les debe? En nuestra opinión, los acreedores sólo tienen acción personal contra la mujer; en cuanto al marido, está obligado por las deudas de la mujer en los bienes de la comunidad y en sus bienes personales, pero no puede estar obligado á más de lo que debe la mujer; cuando, pues, la mujer es liberada, el marido deja de estar obligado, y la mujer queda liberada por el concordato. La Corte de París ha sentenciado que el marido quedaba obligado para con los acreedores; parte de este principio que el marido está obligado personalmente por las deudas que la mujer contrae como comerciante. (1) Si se admite el principio, la consecuencia es evidente. Pero la consecuencia testifica contra el principio. Sólo la mujer habló en el contrato, ella sola prometió, está liberada por el concordato; y el marido que sólo está obligado por razón del compromiso de la mujer sin haber hablado en el contrato, estaría obligado indefinidamente. El marido no se ha obligado personalmente, sólo está obligado porque la mujer lo está; desde que ésta deja de serlo, no se concibe que éste continúe siéndolo.

1 La opinión contraria está generalmente enseñada. Demolombe dice que no es dudoso que el marido esté personalmente obligado (t. IV, pág. 408, número 310).

72 La cuestión inversa se ha presentado. El marido quiebra y obtiene un concordato que le hace remesa de 80 p.%. Es seguro que los acreedores conservan su acción entera contra la mujer si ésta es deudora personal; no puede prevalerse de una remesa que no le ha sido conseguida. ¿Esta acción personal de los acreedores contra la mujer reaccionaría contra el marido como jefe de la comunidad? La jurisprudencia está dividida. Creemos, como la Corte París, que la remesa hecha al marido libera necesariamente á la comunidad. El marido sólo está obligado en sus bienes; li-

1 París, 19 de Febrero de 1845 (Dalloz, 1845, 4, 89).

berar al marido es liberar estos bienes, y sus bienes comprenden no sólo su patrimonio personal, sino también el de la comunidad; luego los acreedores no pueden ya promover contra los bienes de la comunidad. Ni siquiera se concibe la posibilidad de esta acción: los bienes del marido y los bienes comunes sólo forman un solo y mismo patrimonio. Los que tienen acción en los unos lo tienen también en los otros, pero también si no tienen ya acción en los bienes del marido, no la tienen tampoco en los de la comunidad, puesto que los bienes de ésta son los bienes del marido. (1) La Corte de Lyón se ha pronunciado por la opinión contraria; supone que la comunidad forma un sér moral distinto de ambos esposos. En esta opinión se concibe que el marido esté liberado y no lo esté la comunidad. Hemos desechado el principio y desechamos la consecusncia; y ésta testifica contra el principio. Si la comunidad es un sér ficticio distinto del marido y de la mujer, las deudas del marido no debieran volverse deudas de este sér moral, así como la deudas de la comunidad no debieran ser las del marido. La confusión de las deudas, cuando hubiere distintas personas que estuviesen obligadas á ellas, sería una singular anomalía. Cuando se atiene uno al texto del Código, toda dificultad desaparece; sólo hay un solo patrimonio gravado con las deudas del marido y de las deudas de la comunidad; el acreedor que no tiene acción en una fracción del patrimonio, no puede tenerla contra la otra. (2)

73. El principio de que las deudas contraídas por la mujer con autorización marital obligan al marido, no recibe aplicación sino á la comunidad, y no se aplica á los demás regímenes. Este punto está, sin embargo, controvertido; volveremos á él al tratar de los diversos regímenes. Por ahora

1 París, 24 de Enero de 1855 (Dalloz, 1856, 2, 110).
2 Lyón, 23 de Julio de 1858 (Sirey, 1859, 2. 615). En sentido contrario, Rodière y Pont, t. II, pág. 80, núm. 787, y Aubry y Rau, t. V, pág. 338, nota 24.

bástanos establecer el principio, lo que es muy fácil. La regla es que aquel que autoriza no se obliga. Esta regla recibe excepción cuando los esposos son comunes en bienes (artículos 220, 1,409, 1,419, 1,426); la excepción se funda en la confusión de los bienes de la comunidad con los bienes personales del marido. No se concibe ya cuando no hay comunidad. En derecho debe decidirse que se entra en la regla desde que no se está ya en los términos de la excepción; y la regla es que aquel que autoriza no se obliga. Esto también esta fundado en razón: ¿cómo se obliga el marido por una deuda que no ha contraído?

Núm. 2. Las excepciones.

74. Cuando la mujer acepta una sucesión inmobiliar con consentimiento de su marido, se obliga al pago de las deudas con autorización marital; debería, pues, obligar á la comunidad en el sentido de que los acreedores debieran tener el derecho de perseguir su pago en los bienes comunes en virtud de la regla establecida por los arts. 1,409 y 1,419. El art. 1,413 deroga á la regla dando acción sólo á los acreedores en los bienes personales de la mujer. Hemos dicho en otro lugar cuál es el fundamento de esta excepción. Siendo puramente inmobiliar la sucesión, las deudas contraídas por el difunto pasan con los bienes de la mujer heredera: bienes y deudas son extrañas á la comunidad. Si el marido interviene autorizando á su mujer, no es para obligarse hacia los acreedores; nunca se obliga autorizando á su mujer. No había, pues, ningún motivo para obligar á la comunidad (t. XXI, núm. 453).

75. Se admite generalmente que el art. 1,432 contiene una segunda excepción. Dice: «El marido que garantiza solidariamente ó de otra manera la venta que su mujer ha hecho de un inmueble personal, tiene igualmente un recurso

contra ella, ya sea en su parte en la comunidad, ya en sus bienes personales si llega á ser perseguido.» ¿En qué sentido está disposicion deroga á la regla de los arts 1,409 y 1,419? La regla da al acreedor acción contra la comunidad; decide, pues, una cuestión de obligación. El art. 1,432 no habla de obligación de la comunidad; da al marido un recurso, una compensación; es decir, que decide una cuestión de contribución. Así, ambos artículos tienen un objeto diferente; desde luego se entiende difícilmente que el uno derogue al otro.

Hé aquí cómo se raciocina para llegar á una derogación. La mujer vende un inmueble personal; está obligada á garantizarlo. El marido concurre á la venta para autorizar á su mujer. ¿Estará obligado por los compromisos de la mujer, es decir á la garantía? Nó, sólo lo estará si ofrece garantizarla; es decir, que si autoriza simplemente á su mujer, no está obligado á nada. Esto es, en nuestro concepto, raciocinar muy mal. Se hace decir á la ley lo que no dice; la ley dice que el marido que garantiza tiene derecho á una compensación, y se le hace decir que el marido *solo* está obligado á la garantía cuando la tiene ofrecida. Esto es confundir dos órdenes de ideas, la cuestión de saber si el marido y la comunidad están *obligados* por la garantía, y la cuestión de saber si tienen un *recurso* en el caso en que se les persiga. De que la ley dice que el marido tiene un recurso en caso de garantía, sigue, es verdad, que la comunidad está obligada, lo que es evidente; pero de esto no sigue que la comunidad está obligada sólo cuando el marido garantiza y que no lo está cuando el marido se limita á autorizar. La consecuencia que se saca de la ley es una consecuencia forzada, es un argumento *á contrario* de la peor especie, puesto que es prevalerse del silencio de la ley cuando ésta tiene un objeto enteramente diferente de aquel de que se trata.

Se dirá que, en nuestra opinión, no se explica por qué la ley habla de la garantía, pues si la comunidad está obligada por la autorización con más razón lo estará por la garantía. En efecto, la disposición es inútil: la mujer que vende se obliga á dar garantía; el marido, autorizándola para vender, está obligado por este compromiso en los bienes de la comunidad y en sus bienes personales; y tiene una compensación, puesto que la obligación concierne un bien personal de la mujer. Los principios generales bastan, pues, para decidir la cuestión en el sentido que damos al art. 1,432. ¿Pero qué importa? Hay muchas disposiciones en el Código que sólo aplican un principio y que en este sentido son inútiles: ¿es esta una razón para hacerlos decir otra cosa de lo que dicen?

El art. 1,432 contiene una expresión que se concilia perfectamente con nuestra interpretación; dice que el marido que garantiza solidariamente ó de *otra manera* la venta, tiene un recurso. ¿Qué significan estas palabras: ó de *otra manera?* Se aplican á todos los casos en que el marido está obligado por el compromiso de garantizar; y según el derecho común, está obligado á ello cuando autoriza á su mujer para vender. Luego el caso que se supone excluido está comprendido en el texto.

En fin, no es exacto decir, como lo hacen, que la pretendida excepción del art. 1,432 tiene el mismo fundamento que la del art. 1,413; es decir, que la naturaleza misma del asunto prueba que es extraño á la comunidad; se dice, por lo tanto, que la presunción en la que se funda la regla del art. 1,419 hace falta: no se puede presumir que el marido autorice á su mujer á vender por interés de la comunidad puesto que se trata de la venta de un propio de la mujer y que el precio le quedará igualmente propio. Contestaremos que los hechos dan un mentís á este argumento: ¿Cuándo vende un propio la mujer? Lo más á menudo por interés del marido y, por lo tanto, de la comunidad; puesto que la venta se hace

en provecho de la comunidad, es justo que ésta esté obligada por los compromisos que de ello resultan. (1)

¿Cuál es, en la opinión general, el efecto de la autorización que el marido da á su mujer para enajenar sin que se obligue á la garantía? Se aplica por analogía la suposición del art. 1,413: el comprador no tendrá acción contra la comunidad, pero podrá perseguir sus daños y perjuicios en toda la propiedad de los bienes de la mujer. (2) Así se aplica por analogía una disposición excepcional aun arbitraria, pues si el marido no queda obligado por su autorización, el acreedor no debiera tener acción en el usufructo de los bienes de la mujer, haciendo este usufructo parte de los bienes de la comunidad, es decir, de los bienes del marido. Si la ley da acción á los acreedores en el usufructo en el caso del art. 1,413, es porque presume que tal es la intención del marido; no pertenece al intérprete extender las presunciones. La consecuencia testifica una vez más contra la doctrina de que procede.

76. En nuestra opinión, el principio del art. 1,419 sólo recibe una excepción, la que el legislador consagra en el artículo 1,413. Admitiendo que exista una segunda en el caso del art. 1,432, nace la cuestión de saber si el intérprete puede admitir otras procediendo siempre por vía de analogía. Rodière y Pont contestan que esto sería hacer la ley y no interpretarla. (3) Esta es la contestación que hemos dado muy frecuentemente cuando los intérpretes invocan razones de analogía para extender presunciones ó disposiciones excepcionales, y, en el caso, se trata de una excepción á un principio fundamental del régimen de la comunidad. Troplong lo confiesa; pero toda regla, dice, tiene sus

1 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 110, núm. 41 *bis* XXIII. Bellot des Miniéres, t. I, pág. 510. En sentido contrario, Rodière y Pont, t. II, pág. 77, núm. 785, y las autoridades que citan.
2 Aubry y Rau, t. V, pág. 338, pfo. 509.
3 Rodière y Pont, t. II, pág. 78, núm. 786.

excepciones. Sin duda, ¿pero quién tiene derecho para establecer las excepciones? Sólo el legislador. Troplong parece también confesarlo: cuando la comunidad no saca ningún provecho del acta autorizada, dice, *la ley debió vigilar* que se aboliera, en los casos particulares, el principio del art. 1,419. *¡La ley debió vigilar!* Luego se necesita una ley. ¡Y sin embargo, en el mismo número y casi en la misma frase en que Troplong dice que la ley debía admitir excepciones, admite una que la ley ignora! (1) Volveremos á ello.

Durantón habla siquiera más jurídicamente. El artículo 1,419, dice, está fundado en la presunción de que la deuda fué contraída en interés de la comunidad; pero cuando esta presunción no puede recibir aplicación porque el negocio interesa sólo á la mujer, la razón por la que la comunidad está obligada cesa, y cesando la razón de la ley, ésta también debe cesar de producir su efecto. (2) Colmet de Santerre ha contestado muy bien á esta argumentación. El art. 1,419 así como el art. 1,409 que establece la regla de que la mujer autorizada por el marido obliga á la comunidad, agrega: á reserva de recompensa debida á la comunidad; supone, pues, que la comunidad está obligada aunque la deuda haya sido contraída en interés personal de la mujer, pues es en este caso cuando hay lugar á compensación (art. 1,437). Luego, aunque una deuda esté contraída en interés de la mujer, queda uno en la regla. ¿Cuánda se sale de ella? Sólo hay excepción en el caso en que la ley juzga conveniente hacerla. Esta interpretación, fundada en el texto y los principios, está también fundada en la razón. Como acabamos de decirlo á proposito del art. 1,413, el interés de la comunidad y el del marido se ligan ordinariamente al de la mujer; la ley no podrá, pues, sentar en principio que la obligación

1 Troplong, t. II, pág. 268, núm. 846.
2 Durantón, t. XIV, pág. 348, núm. 248.

contraída por la mujer autorizada por el marido, no cae á cargo de la comunidad, cuando se refiere á un negocio de la mujer, pues el negocio puede á la vez interesar al marido y á la comunidad. Hubiera resultado un gran peligro para los terceros: nunca hubieran sabido con certeza al contratar con la mujer autorizada si tenían por deudor á la mujer sola ó si también tenían acción contra el marido y la comunidad. El sistema de la ley tal cual lo interpretamos, evita estas incertidumbres y estos peligros. Hay una regla general y casi absoluta, puesto que sólo sufre dos excepciones; fuera de los casos del art. 1,413 y del art. 1,432 (en la opinión general) se entra en la regla; el acreedor tendrá siempre acción contra la comunidad á reserva de compensación si hay lugar. (1)

77. La madre dota á un hijo con la autorización del padre. ¿Entrará esta deuda en la comunidad, en este sentido, que el hijo tendrá acción contra ella y contra el padre? En nuestra opinión, el art. 1,419 es aplicable, por la razón decisiva que la ley no hace ninguna excepción para la dote. Hay una sentencia en este sentido. El Tribunal de Primera Instancia había sentenciado que el principio establecido por los arts. 1,409 y 1,419 no era aplicable al dote, porque este acto no puede ser para el marido ocasión de una utilidad fraudulenta. Esto era confundir todas las cosas: la cuestión de saber si el acta es hecha en fraude de la mujer y la cuestión de compensación, la cuestión de compensación y la cuestión de obligación. La decisión fué reformada por la Corte de Apelación: la Corte de Rouen se limita á decir que el art. 1,419 forma el derecho común, y éste debe recibir su aplicación en todos los casos en que no se deroga á él por la ley ó por las convenciones de las partes. Esto es decisivo (2)

1 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 111, núm. 41 *bis* XXV.
2 Rouen, 27 de Mayo de 1854 (Dalloz, 1854, 2, 248).

Troplong profesa la opinión contraria. Gusta de prevalerse del derecho antiguo; la tradición tiene, en efecto, una gran autoridad, siempre que sea constante y que se interprete con inteligencia; si no puede encontrarse en ella poco menos de cuanto se quiera, como en los trabajos preparatorios. En el caso, Troplong invoca la opinión de Lebrún y de Pothier. Y sucede, dicen los señores Aubry y Rau, que el eminente magistrado entendió mal los trozos que cita. Se trata de saber si la comunidad está obligada para con el hijo, mientras Lebrún y Pothier preguntan si el marido tiene derecho á una compensación; y preguntar si la comunidad tiene compensación, es suponer que está obligada á pagar. Nos limitaremos á relatar las palabras de Pothier, porque el pasaje es corto y claro. La madre dota á su hijo, habla sola en el contrato, el padre sólo interviene para autorizar á su mujer. No se puede decir que en este caso el marido haya dotado, es la mujer sola quien es deudora del dote. Hé aquí las palabras que equivocaron á Troplong. Son muy jurídicas; el marido que sólo autoriza no es deudor. Otra es la cuestión de saber si el hijo tiene acción contra la comunidad. Pothier agrega que lo que sacó la mujer de la comunidad por la dote, debe tomarse de su parte en la comunidad, y en caso de renuncia, en sus bienes propios. (1) Cuestión de contribución. Para que pueda presentarse, es necesario que la comunidad haya pagado una dote, lo que implica que el hijo tiene acción contra ésta.

78. Una mujer acepta con consentimiento de su marido, una donación inmobiliar con un cargo. ¿Está obligada la comunidad por este cargo? Es seguro que debe ser soportado por la mujer, puesto que sólo ella aprovecha la donación; pero otra es la cuestión de saber si la comunidad está obligada á pagarla. La afirmativa es segura, puesto que ningu-

1 Pothier, *De la comunidad*, núm. 659. Aubry y Rau, t. V, pág. 339, nota 46, pfo. 509. En sentido contrario, Troplong, t. I, pág. 362, núms. 1,229-1,231.

na ley hace excepción á la regla del art. 1,419. Es verdad que si se trata de una donación universal sólo la mujer donataria puede ser demandada por las deudas que la gravan (arts. 1,418 y 1,413). Pero la excepción que la ley consagra en cuanto á las deudas no puede ser extendida á los cargos; luego se está bajo el imperio de la regla del art. 1,419. Hay una sentencia de casación en este sentido. (1) En el caso se podía decir que era evidente que el cargo sólo era relativo á la mujer; puede también decirse que la analogía entre los cargos y las deudas es segura; pero estos motivos no prevalecen á una regla absoluta que no tiene otras excepciones que las que la ley le hace.

79. Los autores discuten la cuestión de saber si la ejecución testamentaria aceptada por la mujer con autorización del marido está sometida á la regla del art. 1,419, ó si se debe aplicar por analogía la excepción del art. 1,413. En nuestra opinión basta presentar la cuestión para resolverla. Tal no es la opinión de Durantón; limita el texto del artículo 1,419 por el espíritu de la ley. La ley, dice, quiso evitar el fraude que el marido hubiese fácilmente podido hacer en perjuicio de los terceros poniendo al frente á su mujer para pedir prestado ó para comprar ó hacer otros contratos análogos de los que hubiera sacado todas las ventajas sin someterse á las obligaciones que resultaban. Y todo esto no puede suponerse en una ejecución testamentaria confiada á la mujer por elección del testador y que nunca debe aprovechar al marido. (2) Esto es verdad, pero no impide que haya una regla absoluta á la que el intérprete no puede hacer excepción, y esta regla, reservando compensación á la comunidad, implica aún que la comunidad está obligada aunque no tenga en ello ningún interés.

1 Casación, 24 de Enero de 1853 (Dalloz, 1853, 1, 29), después del informe de Renouard y bajo la presidencia de Troplong.

2 Durantón, t. IX, pág. 378 núm. 394. En sentido contrario, Dalloz, en la palabra *Disposiciones*, núm. 4,041).

80. ¿La autorización para litigar pone á cargo de la comunidad lo principal de la deuda? Hay que suponer, para que haya cuestión, que la deuda por su naturaleza no entra en la comunidad. ¿Entra en ella si el marido autoriza á su mujer para litigar? La negativa es tan evidente que no se concibe cómo Zachariæ se haya equivocado en ella. No es la sentencia la que crea la deuda, sólo confirma su existencia; la deuda queda lo que era antes del juicio con todas sus consecuencias; entrará ó no en la comunidad, según el derecho común. Pero el hecho que la mujer litigue en justicia da lugar á una nueva obligación que es extraña á la deuda: la de pagar las costas así como los daños y perjuicios causados por el proceso. Autorizando á la mujer para litigar, el marido la autoriza á contraer esta nueva deuda y, por consiguiente, debe aplicarse la regla del art. 1,419. La doctrina y la jurisprudencia están en este sentido. (1)

§ III.—De las deudas contraidas por la mujer con autorizacion de justicia.

Núm. 1. El Principio.

81. Cuando la justicia autoriza á la mujer para contraer, es porque el marido rehusó hacerlo, ó en el caso en el que el marido puede dar la autorización. En ambas hipótesis la autorización judicial tiene por objeto cubrir la incapacidad de la mujer, haciéndola hábil para contraer. La obligación que la mujer consiente queda, pues, bajo el imperio del derecho común, obliga á su persona y obliga á sus bienes. ¿Cuáles son estos bienes? Bajo el régimen de la comunidad la mujer sólo tiene la nuda propiedad de sus propios; es, en verdad, copropietaria de los bienes que compo-

1 Aubry y Rau, t. V, pág. 339, y notas 47 y 48, pfo. 509. Véanse las sentencias en el *Repertorio* de Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, número 998.

na ley hace excepción á la regla del art. 1,419. Es verdad que si se trata de una donación universal sólo la mujer donataria puede ser demandada por las deudas que la gravan (arts. 1,418 y 1,413). Pero la excepción que la ley consagra en cuanto á las deudas no puede ser extendida á los cargos; luego se está bajo el imperio de la regla del art. 1,419. Hay una sentencia de casación en este sentido. (1) En el caso se podía decir que era evidente que el cargo sólo era relativo á la mujer; puede también decirse que la analogía entre los cargos y las deudas es segura; pero estos motivos no prevalecen á una regla absoluta que no tiene otras excepciones que las que la ley le hace.

79. Los autores discuten la cuestión de saber si la ejecución testamentaria aceptada por la mujer con autorización del marido está sometida á la regla del art. 1,419, ó si se debe aplicar por analogía la excepción del art. 1,413. En nuestra opinión basta presentar la cuestión para resolverla. Tal no es la opinión de Durantón; limita el texto del artículo 1,419 por el espíritu de la ley. La ley, dice, quiso evitar el fraude que el marido hubiese fácilmente podido hacer en perjuicio de los terceros poniendo al frente á su mujer para pedir prestado ó para comprar ó hacer otros contratos análogos de los que hubiera sacado todas las ventajas sin someterse á las obligaciones que resultaban. Y todo esto no puede suponerse en una ejecución testamentaria confiada á la mujer por elección del testador y que nunca debe aprovechar al marido. (2) Esto es verdad, pero no impide que haya una regla absoluta á la que el intérprete no puede hacer excepción, y esta regla, reservando compensación á la comunidad, implica aún que la comunidad está obligada aunque no tenga en ello ningún interés.

1 Casación, 24 de Enero de 1853 (Dalloz, 1853, 1, 29), después del informe de Renouard y bajo la presidencia de Troplong.

2 Durantón, t. IX, pág. 378 núm. 394. En sentido contrario, Dalloz, en la palabra *Disposiciones*, núm. 4,041).

80. ¿La autorización para litigar pone á cargo de la comunidad lo principal de la deuda? Hay que suponer, para que haya cuestión, que la deuda por su naturaleza no entra en la comunidad. ¿Entra en ella si el marido autoriza á su mujer para litigar? La negativa es tan evidente que no se concibe cómo Zachariæ se haya equivocado en ella. No es la sentencia la que crea la deuda, sólo confirma su existencia; la deuda queda lo que era antes del juicio con todas sus consecuencias; entrará ó no en la comunidad, según el derecho común. Pero el hecho que la mujer litigue en justicia da lugar á una nueva obligación que es extraña á la deuda: la de pagar las costas así como los daños y perjuicios causados por el proceso. Autorizando á la mujer para litigar, el marido la autoriza á contraer esta nueva deuda y, por consiguiente, debe aplicarse la regla del art. 1,419. La doctrina y la jurisprudencia están en este sentido. (1)

§ III.—De las deudas contraidas por la mujer con autorizacion de justicia.

Núm. 1. El Principio.

81. Cuando la justicia autoriza á la mujer para contraer, es porque el marido rehusó hacerlo, ó en el caso en el que el marido puede dar la autorización. En ambas hipótesis la autorización judicial tiene por objeto cubrir la incapacidad de la mujer, haciéndola hábil para contraer. La obligación que la mujer consiente queda, pues, bajo el imperio del derecho común, obliga á su persona y obliga á sus bienes. ¿Cuáles son estos bienes? Bajo el régimen de la comunidad la mujer sólo tiene la nuda propiedad de sus propios; es, en verdad, copropietaria de los bienes que compo-

1 Aubry y Rau, t. V, pág. 339, y notas 47 y 48, pfo. 509. Véanse las sentencias en el *Repertorio* de Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, número 998.

nen la comunidad, pero esta copropiedad no le da la facultad de disponer de ellos, puesto que sólo el marido tiene el poder de enajenar los bienes comunes y de obligarlos por las deudas que contrae. De ahí la consecuencia que la autorización de justicia no tiene ningún efecto para con la comunidad.

Hay, pues, una diferencia capital entre la autorización del marido y la autorización de justicia; una y otra habilitan á la mujer para contraer y, por consiguiente, para obligar sus bienes; pero el consentimiento del marido tiene, además, el efecto de obligar á la comunidad: mientras que la justicia no puede autorizar á la mujer á obligar los bienes comunes de los que el marido es señor y dueño durante la comunidad. Esta diferencia entre la autorización del marido y la autorización de justicia, resulta de los principios y está escrita en la ley. El art. 1,419 prevee el caso en el que la mujer se obliga con el consentimiento de su marido y decide que los acreedores pueden perseguir su pago tanto en los bienes de la mujer como en los de la comunidad y del marido. El art. 1,426 prevee el caso de que la mujer se obliga con autorización de justicia, sin el consentimiento del marido; estos actos no obligan los bienes de la comunidad, por consiguiente el marido no está obligado; los acreedores no tienen, pues, acción más que en los bienes personales de la mujer, es decir, en la nuda propiedad de sus propios, como lo dice el art. 1,410.

82. Este principio se aplica á todos los actos hechos por la mujer con autorización de justicia, luego también á los procesos que sigue con dicha autorización judicial; las costas y los daños y perjuicios no pueden ser perseguidos más que en la nuda propiedad de sus bienes, el acreedor no tiene ninguna acción contra la comunidad. El art. 1,426 habla en términos generales de los *actos* hechos por la mujer con autorización de justicia, lo que comprende á las instancias judiciales. Hay además igual motivo para decidir. Esto es tan evidente que es inútil insistir. (1)

Sólo hay un caso en el que la cuestión pudiera parecer dudosa, esto es cuando la autorización no puede ser concedida por la justicia: tales son las demandas por divorcio ó por separación de cuerpos ó de bienes. Se pudiera decir que la justicia reemplaza entonces al marido y que su autorización debe, en consecuencia, producir el mismo efecto. Sin embargo debe decidirse, sin hesitación, que la justicia nunca puede autorizar á la mujer para obligar los bienes de la comunidad de los que el marido es señor y dueño. ¿Se dirá que esto es hacer estas acciones imposibles si la mujer no tiene bienes personales que sirvan de prenda á los oficiales ministeriales cuyo concurso es necesario para litigar? La ley ha previsto la dificultad permitiendo á la mujer pedir una provisión (Código de Procedimientos, art. 878); si el juez pone las costas á cargo de la mujer, el marido sólo está obligado á pagarlos en los límites de la provisión concedida á la mujer. Esto es lo que ha resuelto la Corte de Casación en una excelente sentencia.

La Corte toma como punto de partida el principio establecido por el art. 1,426: «Los actos hechos por la mujer sin consentimiento de su marido y aun con consentimiento de justicia, no comprometen los bienes de la comunidad.» Esta regla es general, se aplica á las acciones judiciales como á los contratos, sin que haya lugar á distinguir entre los procesos que la mujer intenta contra su marido y aquellos que sostiene contra extraños. Si debe intervenir la justicia, es únicamente porque la mujer es incapaz, la autorización del juez la habilita para litigar como para contratar, obligando sus bienes; no puede, pues, tener ningún efecto en los bienes de la comunidad. Se invocaba en el caso el derecho

1 Rodière y Pont, t. II, pág. 115, núm. 813. Véase la jurisprudencia en el Repertorio de Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 1,069.

que tiene la mujer para promover contra su marido; la Corte contesta que la ley prevee permitiendo á la mujer pedir una provisión aplicable á los gastos del proceso. La sentencia agrega que esta facultad, consagrada por el Código de Procedimientos, es ya una excepción al art. 1,426, puesto que la mujer obliga á la comunidad en los límites de la provisión que el juez le concedió; como toda excepción, ésta debe restringirse en sus términos precisos; sería extenderla el concluir que el marido esté obligado á pagar los gastos del proceso, cualquiera que sea la suma á que llegaran. Todo lo que reclama la justicia es que la mujer pueda reclamar una provisión suplementaria en el curso del proceso, si la provisión concedida al principio de la instancia se hace insuficiente. Fuera de la provisión que es la excepción, se entra en la regla general del art 1,426 y, por consiguiente, los oficiales ministeriales no pueden tener ninguna acción, por sus costas y anticipos, contra la comunidad. (1)

Núm. 2. De las excepciones.

83. La regla establecida por el art. 1,426 recibe excepciones; están previstas por el art. 1,427 que está así concebido: «La mujer no puede obligarse ni obligar los bienes de la comunidad, ni siquiera para sacar á su marido de la cárcel ó para establecer á sus hijos en caso de ausencia del marido, sino después de haber sido autorizada por la justicia.» Esta disposición está muy mal redactada; importa hacerlo constar con el fin de que no se tome apoyo en una mala redacción para inducir consecuencias que estarían en oposición con los principios generales del derecho. El artículo 1,427 parece sentar una regla general, teniendo por objeto determinar las obligaciones que la mujer puede con-

1 Casación, 30 de Abril de 1862 (Dalloz, 1862, 1, 210). Hay una sentencia en el mismo sentido pronunciada en favor del marido bajo el régimen dotal. Casación, 5 de Julio de 1865 (Dalloz, 1865, 1, 312).

traer. En efecto, comienza por decir: *la mujer no puede obligarse*. La regla está concebida en términos restrictivos; parece, pues, decir que la mujer no puede obligarse sino bajo la condición determinada por el art. 1,427, es decir, que la mujer sólo puede obligarse *después de haber sido autorizada por la justicia*; aun, dice la ley, para sacar á su marido de la cárcel ó para establecer á sus hijos en caso de ausencia del marido. Así, aun en el caso más favorable, la mujer no podría obligarse sin autorización de justicia. El artículo así entendido á la letra sería un contrasentido, puesto que es elemental que la mujer se obliga regularmente con el consentimiento del marido; el juez sólo interviene cuando el marido no quiere ó no puede autorizar á su mujer. Luego es imposible que el art. 1,427 siente como regla que la mujer sólo puede obligarse después de haber sido autorizada por la justicia. Si la ley lo dice, esto es por error; la redacción del art. 1,427 es mala; debe, pues, buscarse lo que quiso decir el legislador.

Lo que el legislador quiso decir no es dudoso si se combina el art. 1,427 con el art. 1,426 de que es la continuación. ¿Qué dice el art. 1,426? Dice, en substancia, que la mujer autorizada por la justicia no obliga á la comunidad; decide, pues, la cuestión de saber cuál es el efecto de los actos que la mujer hace con autorización judicial en lo que se refiere á la comunidad. ¿Qué dice el art. 1,427? Decide que, en los dos casos que prevee, la mujer obliga á la comunidad si ha sido autorizada por la justicia. El art. 1,427 es, pues, una excepción á una regla consagrada por el artículo 1,426 (1).

84. Se pregunta si la disposición del art. 1,427 es restrictiva, ó si hay casos, no previstos por este artículo, en los que la autorización de justicia tiene por efecto obligar

1 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 159, núm. 70 *bis* I. Denegada, 8 de Noviembre de 1814 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 1,080).

á la comunidad. La cuestión está controvertida. Si se admite que el art. 1,427 es una excepción al art. 1,426, la solución no es dudosa. Toda excepción es de rigurosa interpretación, luego también la excepción del art. 1,426. Y es difícil no ver una excepción en el art. 1,427 cuando se le compara con el artículo que precede. Duveyrier, el Relator del Tribunado, lo dice terminantemente. La mujer no puede obligar á la comunidad más que con el consentimiento de su marido: tal es la regla. Hé aquí la excepción: «Para con los bienes de la comunidad *sólo hay dos casos* en los que la autorización del juez pueda reemplazar la autorización marital: para sacar á su marido de la cárcel y, si el marido está ausente, para establecer á sus hijos comunes (1).

La opinión contraria es la que está generalmente admitida. Se invoca el texto del art. 1,427: la misma palabra no tendría sentido, se dice, si la enumeración fuera limitativa; el legislador hubiera debido simplemente decir que la mujer no puede obligar á la comunidad con la autorización de justicia, sino para sacar á su marido de la cárcel ó para dotar á un hijo común; diciendo *aun* en estos dos casos debe la mujer estar autorizada por el juez, la ley dice implícitamente que en casos muy favorables la mujer, autorizada por la justicia, obliga á la comunidad; luego debe tener este derecho en casos tan favorables como los del art. 1,427 (2).

Apoyarse en una redacción que no tiene ningún sentido, para inducir otras excepciones que las que la ley prevee, es una interpretación inadmisible. Basta que la disposición derogue al derecho común para que deba interpretarse estrictamente; si no se permitiría al juez admitir tantas excepciones cuantas quisiera. ¿Es este el deber del intérprete? ¿Es este su derecho?

1 Duveyrier, *Informe*, núm. 18 (Locré, t. VI, pág. 419). Aubry y Rau, tomo V, pág. 336, nota 38, pfo. 509.
2 Durantón, t XIV, pág. 415, núm. 305. Rodière y Pont, t. II, pág. 118, núm. 816).

Troplong agrega malas razones á las que se dan en apoyo de nuestra opinión. (1) Es necesario, dice, conciliar el art. 1,427 con el art. 222 y esta combinación prueba que el art. 1,427 es limitativo. «Si el marido está entredicho ó ausente, el juez puede, con conocimiento de causa, autorizar á la mujer ya sea para litigar ya para contraer.» Se trata de saber en qué casos la mujer autorizada por la justicia obliga á la comunidad, y se cita un artículo que dice sencillamente que el juez puede habilitar á la mujer para obligarse. Esto es confundir todo, el interpretar el art. 1,427 por el art. 222, cuando ambos artículos tienen un objeto diferente. Troplong cita también el art. 112 que llama á los tribunales á estatuir acerca de las medidas de administración que deben tomarse relativamente á los bienes de una persona presumida ausente. ¡Nueva confusión de ideas! ¿Es que en caso de presunción de ausencia puede la mujer obligar á la comunidad, haciéndose autorizaar por el juez? Tal es la cuestión y seguramente el art. 112 no la contesta.

Hay una sentencia de la Corte de Lieja que parece estar concebida en este orden de ideas. Un marido vagamundo recorre el país; en el lugar de su domicilio no se sabe de él. ¿Qué hará la mujer? No puede pedir la autorización de su marido, puesto que no sabe dónde se halla. Se dirige al juez, quien la autoriza. ¿Pero de qué le sirve esta autorización si la mujer no tiene bienes personales? Es, pues, necesario que la mujer tenga el derecho de obligar á los bienes de la comunidad. Contestamos que no hay fuerza mayor contra la ley. Si el marido está ausente en el sentido legal de la palabra, la mujer sólo tiene un derecho, es hacer declarar la ausencia y pedir la administración provisional; pero ningún principio y ningún texto le permiten obligar á la comunidad con la autorización del juez. (2)

1 Troplong, t. I, pág. 298, núm. 970.
2 Lieja, 22 de Junio de 1860 (*Pasicrisia*, 1860, 2, 370).

85. ¿Cuáles son los dos casos en los que la mujer puede obligar á la comunidad con autorización de justicia? Desde luego para sacar á su marido de la cárcel. Se supone que está arrestado por deudas, lo que, desde la abolición de la detención por deudas, sucederá pocas veces. A primera vista no se entiende por qué la mujer ocurre á la justicia cuando su marido está en el lugar y autorizada por él obliga regularmente á la comunidad. Esto da lugar á una duda acerca del sentido de la ley. ¿Quiere esto decir que cuando se trata de sacar á su marido de la cárcel la mujer deba dirigirse á la justicia y que el marido no la pueda autorizar? Esta interpretación es inadmisible porque implica una derogación al derecho común que no se justificaría con nada. El marido es quien tiene misión de autorizar á la mujer, el juez sólo interviene cuando rehusa (art. 218). La mujer debe, pues, ante todo, dirigirse á su marido; y sólo será cuando se niegue, como el juez intervendrá. Esta negación debió ser prevista; el marido puede por delicadeza rehusar á autorizar á su mujer; en este caso, la justicia la autorizará. Y como la libertad del marido interesa en alto grado á la comunidad, la ley decide que la obligación de la mujer comprometerá á la comunidad. (1)

86. En segundo lugar, la mujer obliga á la comunidad cuando dota ó establece á sus hijos en caso de ausencia del marido y con autorización de justicia. Cuando el marido está ausente en el sentido legal de la palabra, la mujer no puede pedir su autorización; el art. 222 permite que la justicia la autorice, pero únicamente para cubrir su incapacidad. Esto no basta en el caso, pues puede que la mujer no tenga bienes personales en los que pueda obligarse; si su fortuna es mobiliar, habrá entrado por entero en el activo de la comunidad; y la mujer no puede obligar á la comunidad,

1 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 159, núm. 70 *bis* II. Rodière y Pont, tomo II, pág. 119, núm. 817. Denegada, 8 de Noviembre de 1814 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimoni*, núm. 1,080o).

según el derecho común, aunque esté autorizada por la justicia. Se necesitaba, pues, hacer una excepción á esta regla; tal es el objeto del art. 1,427. La excepción se entiende. Se trata de una obligación natural que incumbe á ambos esposos; deben dotar á sus hijos y establecerlos; si el marido se encuentra en la imposibilidad de concurrir á esta obligación, la justicia debe reemplazarlo.

Esto supone que se trata de hijos comunes; sólo para con ellos tiene el marido obligaciones que cumplir, sólo es, pues, para su establecimiento que existe el motivo de la excepción. Es verdad que el art. 1,427 dice *de sus hijos*; lo que comprende aun á los de primer matrimonio. Pero el establecimiento de estos hijos, siendo extraño á la comunidad, sería sobrepasar la excepción el permitir á la mujer obligar á la comunidad por este punto. Para que haya lugar á la excepción es necesario que el interés del marido y de la comunidad sea evidente. Es lo que sucede con los hijos comunes; y sólo esta consideración legitima la disposición excepcional del art. 1,427. Cuando la deuda no interesa á la comunidad, la excepción no tiene ya razón de ser; por tanto, se queda uno bajo el imperio de la regla.

87. El art. 1,427 permite á la mujer *comprometer los bienes de la comunidad* para el establecimiento de sus hijos. Esto supone que la mujer se obliga para dotarlos ó establecerlos. ¿Quiere esto decir que no puede tomar de la comunidad las cantidades necesarias ó los bienes para establecer á sus hijos? Nó, seguramente. El sentido de la excepción consagrada por el art. 1,427 es que la autorización de justicia reemplaza la autorización del marido; es decir, que la mujer autorizada por la justicia puede hacer lo que el marido tendría derecho de hacer. Y el marido puede emplear aun los inmuebles de la comunidad para establecer á los hijos comunes, luego la mujer tiene el mismo derecho.

Lo que decimos de la segunda excepción se aplica á la primera. La mujer puede enajenar un bien de la comunidad ó servirse de su dinero para sacar á su marido de la cárcel. Sería absurdo obligarla á pedir prestado cuando hay dinero en la comunidad; y si no lo hubiere, pero que la comunidad poseyera bienes poco productivos, el interés del marido como el de la mujer, exige que se vendan estos bienes más bien que hacer un préstamo oneroso.

La tradición confirma la interpretación que damos al art. 1,427. Esta disposición está tomada de la antigua jurisprudencia. Un decreto del Parlamento de 27 de Agosto de 1564 pronunciado *consultis classibus*, decidió que la mujer podía, sin ninguna autorización, obligar y aun hipotecar ó vender fundos comunes para sacar de la cárcel á su marido. (1) El Código no lleva las cosas tan lejos; exige la autorización de la justicia; pero con esta autorización, la mujer debe tener el derecho de disponer de los bienes comunes como tiene derecho para obligarlos; hay identidad de motivos.

88. Hay una dificultad última. La mujer obliga á la comunidad en ambos casos previstos por el art. 1,427. Se pregunta si el acreedor tendrá también acción contra el marido y en sus bienes personales. Toullier parece hesitar, dice: aun parece que esta obligación podría ejecutarse en los bienes del marido. Duvergier dice que esta decisión tiene sus dificultades; la admite cuando se trata de sacar al marido de la cárcel, puesto que en este caso hay á cargo del marido una deuda civil que está obligado á pagar. Pero el marido no está obligado á dotar á sus hijos; en cuanto al art. 1,427 da el derecho á la mujer para comprometer los bienes de la comunidad, no le da el de comprometer los del marido. (2) Nos parece que esto es presentar mal la cuestión. El princi-

1 Rodière y Pont, t. II, pág. 120, núm. 818.
2 Toullier, t. VI, 2, pág. 527, núm. 289, y la nota de Duvergier.

pio general es que toda deuda de la comunidad es deuda del marido; el art. 1,427, disponiendo que la comunidad está obligada por las deudas que la mujer contrae con autorización de justicia, decide implícitamente que el marido también está obligado. No hay además ninguna razón para derogar al principio que identifica el patrimonio del marido con el de la comunidad.

§ IV.—De la contribucion a las deudas contraidas por la mujer.

89. El art. 1,419, después de haber establecido el principio que la mujer autorizada por el marido obliga á la comunidad, agrega: "A reserva de compensación debida á la comunidad, ó la indemnización debida al marido." De esto se induce que la mujer, habiéndose comprometido sola, es en general, *como si* hubiere obrado por interés personal y debe, en consecuencia, recompensa ó indemnización á la comunidad ó al marido que hubiere pagado la deuda. Se agrega que esta *presunción* admite la prueba contraria; si resultase del objeto de la obligación ó de otras circunstancias que la deuda fué contraída en interés de la comunidad ó del marido, la mujer tendría, según el caso, derecho á recompensa ó indemnización. Se admite la misma *presunción* á reserva de prueba contraria, en el caso en el que la mujer se ha obligado con autorización de justicia. (1)

90. ¿En que está fundada la pretendida *presunción* que sirve de base á esta doctrina? Se trata de una presunción legal; y, según el art. 1,350, "la presunción legal es la que está ligada por una *ley especial* á *ciertos actos* ó á *ciertos hechos*." ¿En dónde está la *ley especial* que establece la presunción en virtud de la cual la mujer que se obliga sólo está como si se hubiese obligado por interés propio? Se cita el ar-

1 Aubry y Rau, t. V, pág. 350, pfo. 510 (4.ª edición).

Lo que decimos de la segunda excepción se aplica á la primera. La mujer puede enajenar un bien de la comunidad ó servirse de su dinero para sacar á su marido de la cárcel. Sería absurdo obligarla á pedir prestado cuando hay dinero en la comunidad; y si no lo hubiere, pero que la comunidad poseyera bienes poco productivos, el interés del marido como el de la mujer, exige que se vendan estos bienes más bien que hacer un préstamo oneroso.

La tradición confirma la interpretación que damos al art. 1,427. Esta disposición está tomada de la antigua jurisprudencia. Un decreto del Parlamento de 27 de Agosto de 1564 pronunciado *consultis classibus*, decidió que la mujer podía, sin ninguna autorización, obligar y aun hipotecar ó vender fundos comunes para sacar de la cárcel á su marido. (1) El Código no lleva las cosas tan lejos; exige la autorización de la justicia; pero con esta autorización, la mujer debe tener el derecho de disponer de los bienes comunes como tiene derecho para obligarlos; hay identidad de motivos.

88. Hay una dificultad última. La mujer obliga á la comunidad en ambos casos previstos por el art. 1,427. Se pregunta si el acreedor tendrá también acción contra el marido y en sus bienes personales. Toullier parece hesitar, dice: aun parece que esta obligación podría ejecutarse en los bienes del marido. Duvergier dice que esta decisión tiene sus dificultades; la admite cuando se trata de sacar al marido de la cárcel, puesto que en este caso hay á cargo del marido una deuda civil que está obligado á pagar. Pero el marido no está obligado á dotar á sus hijos; en cuanto al art. 1,427 da el derecho á la mujer para comprometer los bienes de la comunidad, no le da el de comprometer los del marido. (2) Nos parece que esto es presentar mal la cuestión. El princi-

1 Rodière y Pont, t. II, pág. 120, núm. 818.
2 Toullier, t. VI, 2, pág. 527, núm. 289, y la nota de Duvergier.

pio general es que toda deuda de la comunidad es deuda del marido; el art. 1,427, disponiendo que la comunidad está obligada por las deudas que la mujer contrae con autorización de justicia, decide implícitamente que el marido también está obligado. No hay además ninguna razón para derogar al principio que identifica el patrimonio del marido con el de la comunidad.

§ IV.—De la contribucion a las deudas contraidas por la mujer.

89. El art. 1,419, después de haber establecido el principio que la mujer autorizada por el marido obliga á la comunidad, agrega: "A reserva de compensación debida á la comunidad, ó la indemnización debida al marido." De esto se induce que la mujer, habiéndose comprometido sola, es en general, *como si* hubiere obrado por interés personal y debe, en consecuencia, recompensa ó indemnización á la comunidad ó al marido que hubiere pagado la deuda. Se agrega que esta *presunción* admite la prueba contraria; si resultase del objeto de la obligación ó de otras circunstancias que la deuda fué contraída en interés de la comunidad ó del marido, la mujer tendría, según el caso, derecho á recompensa ó indemnización. Se admite la misma *presunción* á reserva de prueba contraria, en el caso en el que la mujer se ha obligado con autorización de justicia. (1)

90. ¿En que está fundada la pretendida *presunción* que sirve de base á esta doctrina? Se trata de una presunción legal; y, según el art. 1,350, "la presunción legal es la que está ligada por una *ley especial* á *ciertos actos* ó á *ciertos hechos*." ¿En dónde está la *ley especial* que establece la presunción en virtud de la cual la mujer que se obliga sólo está como si se hubiese obligado por interés propio? Se cita el ar-

1 Aubry y Rau, t. V, pág. 350, pfo. 510 (4.ª edición).

tículo 1,419. Pero este artículo no dice lo que se le hace decir; declara solamente que la obligación contraída con autorización marital puede perseguirse contra la comunidad; esto no es seguramente decir que la deuda se presume contraída en interés de la mujer. Si agrega «á reserva de compensación debida á la mujer ó de la indemnización debida al marido,» esto tampoco significa que la presunción sea que la deuda es contraída en interés personal de la mujer. El art. 1,419 sólo repite lo que dijo ya el art. 1,409, número 2, el que al hacer caer en la comunidad las deudas contraídas por la mujer con consentimiento del marido, agrega la reserva: «á reserva de compensación, *en el caso en que haya lugar*.» En definitiva, la ley no presume nada; cuanto á las compensaciones, el objeto del art. 1,409 y del art. 1,419 es únicamente el de decidir que el acreedor, en virtud de una obligación contraida por la mujer autorizada por su marido, puede perseguir á la comunidad: cuestión de *obligación*. Cuanto á la cuestión de *contribución* ó de *compensación* está decidida por los arts. 1,433 y 1,437. Este es un punto de hecho; se trata de saber en interés de quién fué contraída la deuda; quién es aquel que la soporta. ¿A quién toca probar que la deuda contraída por la mujer con consentimiento del marido, lo fué por interés de la mujer? A aquel que reclama la indemnización, pues según el derecho común la prueba está á cargo del demandante. Si hubiera una presunción dispensaría al demandante de la prueba que le incumbe y pondría á cargo de la mujer el trabajo de la prueba contraria. Pero esta presunción no está escrita en ninguna parte, y no hay más presunción que la que está escrita en una ley *especial* para *ciertos* actos ó *ciertos* hechos. Cuando menos debiera distinguirse entre el caso en el que la mujer se obliga con consentimiento del marido y aquellos en los que se obliga con autorización de justicia. La experiencia diaria prueba que cuando el marido autoriza

á su mujer para contratar, la obligación es las más de las veces consentida por interés de la comunidad, es decir, por interés del marido; el legislador tuvo este hecho en cuenta al escribir la regla general del art. 1,419. Cuando la mujer contrae con autorización de justicia, debe verse si es por haber rehusado el marido; en este caso es probable que la deuda no interese á la comunidad; pero también la cuestión de compensación no se presentará, y regularmente el marido no pagará después de haber negado su consentimiento. Quedan los dos casos en los que la mujer, obligándose con autorización de justicia, obliga á la comunidad (art. 1,427). Estas dos excepciones están precisamente fundadas en el interés que tiene la comunidad en la deuda que la mujer contrae; luego la pretendida presunción lejos de estar fundada en una probabilidad sería contraria á la realidad de las cosas. Después de todo, por grande que sea una probabilidad no resulta de ella presunción legal, puesto que el legislador sólo tiene el derecho de crear presunciones. Esto es elemental. Si nos vemos obligados á repetirlo tantas veces es porque á cada paso los intérpretes olvidan que no les pertenece hacer la ley imaginando presunciones que la ley ignora.

§ V.—De las deudas contraidas por la mujer conjuntamente con su marido.

91. El art. 1,431 dice: «La mujer que se obliga conjuntamente con su marido para los negocios de la comunidad ó del marido sólo está reputada para con éste como cauciónante; debe ser indemnizada por la obligación que contrajo.» Aquí volvemos á encontrar otra vez una presunción admitida por la mayor parte de los autores, pero siquiera hay un texto en el que se pueden apoyar; se trata de interpretarlo y fijar su verdadero sentido.

La mujer se obliga solidariamente con su marido: sólo

tículo 1,419. Pero este artículo no dice lo que se le hace decir; declara solamente que la obligación contraída con autorización marital puede perseguirse contra la comunidad; esto no es seguramente decir que la deuda se presume contraída en interés de la mujer. Si agrega «á reserva de compensación debida á la mujer ó de la indemnización debida al marido,» esto tampoco significa que la presunción sea que la deuda es contraída en interés personal de la mujer. El art. 1,419 sólo repite lo que dijo ya el art. 1,409, número 2, el que al hacer caer en la comunidad las deudas contraídas por la mujer con consentimiento del marido, agrega la reserva: «á reserva de compensación, *en el caso en que haya lugar*.» En definitiva, la ley no presume nada; cuanto á las compensaciones, el objeto del art. 1,409 y del art. 1,419 es únicamente el de decidir que el acreedor, en virtud de una obligación contraida por la mujer autorizada por su marido, puede perseguir á la comunidad: cuestión de *obligación*. Cuanto á la cuestión de *contribución* ó de *compensación* está decidida por los arts. 1,433 y 1,437. Este es un punto de hecho; se trata de saber en interés de quién fué contraída la deuda; quién es aquel que la soporta. ¿A quién toca probar que la deuda contraída por la mujer con consentimiento del marido, lo fué por interés de la mujer? A aquel que reclama la indemnización, pues según el derecho común la prueba está á cargo del demandante. Si hubiera una presunción dispensaría al demandante de la prueba que le incumbe y pondría á cargo de la mujer el trabajo de la prueba contraria. Pero esta presunción no está escrita en ninguna parte, y no hay más presunción que la que está escrita en una ley *especial* para *ciertos* actos ó *ciertos* hechos. Cuando menos debiera distinguirse entre el caso en el que la mujer se obliga con consentimiento del marido y aquellos en los que se obliga con autorización de justicia. La experiencia diaria prueba que cuando el marido autoriza

á su mujer para contratar, la obligación es las más de las veces consentida por interés de la comunidad, es decir, por interés del marido; el legislador tuvo este hecho en cuenta al escribir la regla general del art. 1,419. Cuando la mujer contrae con autorización de justicia, debe verse si es por haber rehusado el marido; en este caso es probable que la deuda no interese á la comunidad; pero también la cuestión de compensación no se presentará, y regularmente el marido no pagará después de haber negado su consentimiento. Quedan los dos casos en los que la mujer, obligándose con autorización de justicia, obliga á la comunidad (art. 1,427). Estas dos excepciones están precisamente fundadas en el interés que tiene la comunidad en la deuda que la mujer contrae; luego la pretendida presunción lejos de estar fundada en una probabilidad sería contraria á la realidad de las cosas. Después de todo, por grande que sea una probabilidad no resulta de ella presunción legal, puesto que el legislador sólo tiene el derecho de crear presunciones. Esto es elemental. Si nos vemos obligados á repetirlo tantas veces es porque á cada paso los intérpretes olvidan que no les pertenece hacer la ley imaginando presunciones que la ley ignora.

§ V.—De las deudas contraidas por la mujer conjuntamente con su marido.

91. El art. 1,431 dice: «La mujer que se obliga conjuntamente con su marido para los negocios de la comunidad ó del marido sólo está reputada para con éste como cauciónante; debe ser indemnizada por la obligación que contrajo.» Aquí volvemos á encontrar otra vez una presunción admitida por la mayor parte de los autores, pero siquiera hay un texto en el que se pueden apoyar; se trata de interpretarlo y fijar su verdadero sentido.

La mujer se obliga solidariamente con su marido: sólo

está reputada, para con éste, haberse obligado como caucionante. Deben, pues, distinguirse las relaciones de la mujer deudora solidaria con el acreedor, y las relaciones de la mujer coobligada solidaria con su marido. Para con el acreedor, la mujer es deudora solidaria y obligada como tal por toda la deuda; conforme al derecho común, como si fuera sola y única deudora. La mujer no puede oponer al acreedor que está reputada caucionante por la ley, pues el artículo 1,431 dice terminantemente que es reputada caucionante *para con su marido;* no es, pues, sino en las relaciones de ambos codeudores como la mujer está reputada caucionante; la mujer se ha obligado solidariamente, queda obligada como deudora solidaria. Así, la cuestión de obligación debe ser distinguida de la cuestión de contribución: una está regida por los principios de la obligación solidaria y la otra por los principios de la caución. Perseguida por el acreedor, la mujer debe pagar toda la deuda como deudora solidaria. Después de haber pagado tendrá un recurso contra su marido, como cualquier caucionante lo tiene contra el deudor principal.

92. Acerca de este punto no hay ninguna duda. La mujer perseguida por el acreedor ¿puede oponerle el beneficio de división? Si fuera caucionante para con el acreedor gozaría del beneficio de división (art. 2,026), pero no lo es respecto de éste, es deudora solidaria, debe, pues, aplicársele el art. 1,203 según el cual el deudor solidario perseguido por el acreedor no puede oponerle el beneficio de división. Lo mismo pasa con el beneficio de discusión, pertenece al caucionante (art. 2,021); el codeudor solidario no lo puede invocar, puesto que está considerado como solo y único deudor.

La jurisprudencia está en este sentido. Ha sido sentenciado que la mujer sólo está reputada caucionante para con su marido. En el caso la mujer se había obligado solidariamente con su marido al pago del dote por ellos constituido á uno de sus hijos: la dote era de 8,000 francos, de los cuales 1,200 por derechos maternos y 6,000 por derechos paternos. El marido había muerto y se trataba de saber en qué proporción estaba la mujer obligada por la dote; se pretendía que la donación debía ser reducida como excediendo lo disponible, y, por consiguiente, la mujer sostuvo que no podía estar obligada por más de lo que debía el deudor principal, del que solo era caucionante. La Corte rechazó esta excepción. El art 2,013 dice: es verdad que la caución no puede exceder lo que es debido por el deudor, pero la mujer estaba perseguida no como caucionante sino como deudora solidaria; debía, pues, pagar todo el dote á reserva de repetir contra la sucesión del marido por lo que hubiese pagado á más de su parte en la dote. (1)

Fué también sentenciado que la mujer coobligada solidaria nó puede prevalerse, contra el acreedor, del art. 2,037, según el cual el caucionante está descargado cuando la subrogación á los derechos del acreedor no puede, por el hecho del acreedor, operarse en favor del caucionante. En el caso el acreedor había hecho remesa de una parte de la deuda al marido quebrado; la mujer le opuso el art. 2,037; esta disposición, dijo la Corte, fué hecha en favor del caucionante, que sólo se obliga para hacer un favor al deudor y bajo la tácita condición de subrogación. No puede ser invocada por el deudor solidario. Hemos examinado esta cuestión en el título *De las obligaciones* (t. XVII, núm. 342). En cuanto á la mujer deudora solidaria, no podía prevalerse del artículo 1,431 para inducir que era simple caucionante, el texto no la asimila á una caucionante sino para con el marido. (2)

Hay, sin embargo, una sentencia de la Corte de París en

1 Limoges, 20 de Febrero de 1855 (Dalloz, 1855, 2, 284).
2 París, 11 de Abril de 1864 (Dalloz, 1864, 2, 127).

sentido contrario. Se diría que nada hay seguro en derecho. El art. 1,431 distingue claramente las relaciones de la mujer con el acreedor, cuestión de *obligación*, y las relaciones de la mujer con su marido coobligado solidario, cuestión de *contribución* ó de *compensación*. La distinción es elemental, y hé aquí una de las primeras cortes de Francia que desconoce el texto y los principios y decide que "toda obligación contraída solidariamente con su marido por una mujer, está presumida de derecho, consentida por interés del marido cuando lo contrario no resulta expresamente del contrato, de manera que la mujer está reputada simple caucionante." (1)

Veremos más adelante si es verdad que el art. 1.431 establece una presunción; supongamos que la haya: ¿no es de principio elemental que las presunciones legales son de las más estrictas interpretaciones? Y el artículo dice que la mujer está reputada caucionante para con su marido; luego la ley no la reputa tal para con el acreedor, por lo tanto, la presunción no es absoluta como lo dice la Corte. La decisión es tan contraria á la razón como al derecho; el acreedor quiso la garantía de una obligación solidaria, la mujer la ofreció; después cuando el acreedor persigue á la mujer, ésta dice: no soy deudora solidaria, soy caucionante. Esto es nulificar los contratos. Creíamos que los jueces tenían por misión mantener y asegurar su ejecución. (2)

93. El art. 1,431 dice que la mujer está reputada para con su marido como habiéndose sólo obligado como caucionante; de esto la ley concluye que debe ser indemnizada por la obligación que contrajo. Esta es la cuestión de compensación. ¿Contra quién tiene derecho á una indemnización? Debe distinguirse. El negocio, como dice el texto, puede referirse á la comunidad ó al marido. Si es en interés del marido como la mujer se obligó solidariamente, tendrá compensación contra su marido por toda la deuda; se aplican en este caso los principios que rigen las compensaciones de los esposos entre sí. Si el negocio es de la comunidad, la mujer tendrá contra ésta una compensación que se ejerce según el derecho común, por vía de apelación; es decir, que la mujer no tiene compensación sino por la mitad de la deuda, si acepta, lo que es muy justo; pues si acepta, está obligada á las deudas de la comunidad por mitad, cuando menos hasta concurrencia de su emolumento. Si la mujer renuncia tendrá un recurso por el todo contra su marido, pues por su renuncia se hace extraña á la comunidad: ésta pertenece al marido quien debe también soportar todas las deudas por entero; y la mujer ha pagado una de estas deudas, tiene, pues, recurso contra el marido por todo cuanto estuvo obligada á pagar al acreedor. (1)

94. La ley dice que la mujer debe ser indemnizada por la obligación que contrajo. Tiene una compensación contra el marido ó contra la comunidad, según que se ha comprometido para negocios del marido ó para los de la comunidad. Según el derecho común aquel que reclama una indemnización debe probar que tiene derecho á ella y establecer el monto de la compensación. ¿Recibe este principio aplicación á la obligación solidaria de la mujer? La opinión general es que la mujer nada tiene que probar, porque tiene una presunción legal en su favor. Se invocan los términos del art. 1,431: la mujer sólo está *reputada*, es decir, presumida, haberse obligado como caucionante y el caucionante se obliga por interés del deudor principal, hay, pues, pre-

1 Esta es la opinión de todos los autores. Aubry y Rau, t. V, pág. 351, nota 31, pfo. 510. Rodière y Pont, t. II, pág. 104, núm. 806; Colmet de Santerre, t. VI, pág. 178, núm. 76 *bis* I. La jurisprudencia está en el mismo sentido. Denegada, Sala Civil, 4 de Diciembre de 1855 (Dalloz, 1856, 1, 58). Limoges, 20 de Febrero de 1855 (Dalloz, 1855, 2, 284); París, 16 de Abril de 1864 (Dalloz, 1864, 2, 127).

2 París, 15 de Julio de 1854 (Dalloz, 1856, 2, 12).

1 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 179, núm. 76 *bis* I.

sunción que la mujer se ha obligado para los negocios de su marido ó de la comunidad. Esta presunción, se dice, está fundada en lo que sucede ordinariamente. Cuando la mujer se obliga solidariamente con su marido, es por pedirlo así el acreedor que exige esta garantía; el negocio se refiere casi siempre al marido ó á la comunidad. La ley podrá, pues, de buen derecho, presumir que la mujer sólo interviene como caucionante, salvo prueba contraria, que es en general admitida contra toda presunción legal. El marido está, pues, admitido á probar que la deuda fué contraída por interés personal de la mujer; en este caso no tendrá recurso contra el marido; al contrario el marido será quien lo tenga contra ella si está obligado á pagar como codeudor solidario. (1)

95. ¿Es verdad que el art. 1,431 establece en favor de la mujer una presunción que la dispensa de probar el fundamento de la compensación que reclama? Creemos con el señor Colmet de Santerre, que no hay tal presunción. (2) No debe perderse de vista la definición que da el Código de la presunción legal, es la que una ley especial liga á ciertos actos ó á ciertos hechos. ¿Cuál es en el caso el hecho al que, en opinión general, la hubiese unido una presunción? Es el hecho de la obligación solidaria contraída por la mujer con su marido. ¿Liga la ley á este hecho la presunción que la mujer se obliga por interés del marido ó de la comunidad? Si tal hubiera sido la intención del legislador hubiera dicho: «La mujer que se obliga solidariamente con su marido está reputada caucionante de su marido y debe ser indemnizada por la obligación que contrajo.» ¿Es esto lo que dice el art. 1,431? Nó, dice: "La mujer que se obliga solidariamente con su marido *para los negocios de la comunidad ó del marido*, está reputada caucionante." Hay, pues una condición requerida para que la mujer esté reputada como caucionante, es la que se haya obligado para los negocios del marido ó de la comunidad; debe, por consecuencia, para gozar del beneficio de caucionante, probar que se ha obligado en interés de la comunidad ó del marido; esto es decir que si reclama una compensación debe probar que la deuda fué contraída en interés de la comunidad ó del marido.

1 Aubry y Rau, t. V, pág. 350, nota 39, pfo. 510, y los autores que citan. Hay que agregar Demante, t. VI, pág. 178, núm. 76.
2 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 279, núm. 76 *bis* II y III.

Se objeta la palabra *reputada*. Decir que la mujer está *reputada caucionante*, es decir que se la presume haberse obligado como caucionante; y toda presunción legal releva de la prueba á aquel en provecho del que existe (artículo 1,352). Contestamos que el art. 1,431 en lugar de derogar al derecho común sólo lo aplica. ¿Cuál es el derecho común en lo que toca á las relaciones de los codeudores solidarios? La regla es que entre sí sólo están obligados en la deuda cada uno por su porción y parte. Esto supone que la deuda ha sido contraída en un interés común. Puede suceder que la deuda sólo concierna á uno de los deudores solidarios; esta es la hipótesis del art. 1,431; el art. 1,216 prevee el caso y decide en términos generales que «si el *negocio* por el que la deuda fué contraída solidariamente *sólo concernía á uno de los coobligados solidariamente*, éste estará obligado por toda la deuda para con los demás codeudores *que sólo están considerados para con él como caucionantes.*» Hay identidad de especie en ambas disposiciones é identidad de expresiones. El art. 1,431 supone que la mujer se ha obligado solidariamente con su marido para los *negocios de la comunidad ó del marido*, luego para un negocio que sólo concierne á uno de los codeudores solidarios, el marido; la consecuencia es que la mujer *sólo es reputada* haberse obligada como caucionante, ó como dice el art. 1,216, *sólo está considerada* con relación al marido *como caucionante*. No hay en esto presunción propiamente dicho; no hay ningún hecho desconocido; se supone que consta que uno de los co-

deudores solidarios es único deudor; los demás, no siéndolo, son necesariamente caucionantes; sólo que lo son únicamente para con el deudor, no lo son para con el acreedor. Esto es también lo que dice el art. 1,431.

Se invoca el espíritu de la ley para explicar y justificar la presunción del art. 1,431. Es verdad que la ley tiene en cuenta los hechos cuando dispone que cualquiera deuda contraída por la mujer con consentimiento del marido se vuelve deuda de la comunidad, pero la ley agrega (art. 1,409, 2.°, y 1,419) á reserva de compensación. Cuanto á la recompensa no establece ninguna presunción, é hizo bien, pues la presunción está fundada en una probabilidad; ¿dónde está la probabilidad, cuando la mujer se obliga con el marido, de que esta deuda esté contraída por interés de este último? Esta es una cuestión de hecho que los jueces decidirán según el derecho común; el negocio puede interesar á la comunidad, al marido ó á la mujer; que aquel que reclame una indemnización pruebe en interés de quién fué contraída la deuda. Los principios generales acerca de la prueba bastan y valen más que las presunciones, porque estas invierten el orden regular de las pruebas. Cuando dos personas se obligan solidariamente, se debe seguramente creer que una y otra están interesadas en la deuda; luego cada una por mitad. Esta es la regla y está fundada en razón. Si por excepción el negocio concierne exclusivamente á uno de los deudores solidarios, *á* la parte interesada toca probarlo. No está bueno que el legislador ponga su voluntad en lugar del interés de las partes; esta decisión general pudiera ser injusta en su aplicación á casos particulares. La mujer se obliga solidariamente con su marido para trabajos que se ejecutarán en diversos fundos, perteneciendo uno á la comunidad, otro al marido y un tercero á la mujer. Si se admite la pretendida presunción del art. 1,431, la mujer tendrá una compensación por el todo contra su marido; así el marido deberá pagar lo que debe la mujer. ¿Se dirá que está admitido á la prueba contraria? Contestaremos que esta prueba es á menudo muy difícil de dar. ¿No será más equitativa la aplicación del derecho común? La mujer pretende que la deuda interesa exclusivamente á su marido ó á la comunidad; ¡que lo pruebe! El deudor solidario, en el caso del art. 1,216, debe también probar que el negocio concierne exclusivamente á uno de los codeudores. ¿Por qué la mujer había de encontrarse en una situación excepcional?

96. El art. 1,431 supone que sólo hay dos deudores solidarios, el marido y la mujer. Puede haber un tercero: ¿cuál será su recurso si está obligado á pagar toda la deuda? Nuestra respuesta es siempre la misma; se debe aplicar el derecho común, puesto que la ley no lo deroga; el recurso se dividirá, pues, conforme al art. 1,214. Hay una sentencia en sentido contrario de la Corte de Casación. Dice que cuando dos esposos comunes en bienes contraen solidariamente una obligación, el marido y la mujer no son cada uno deudores por mitad, la deuda es de la comunidad, de la que es jefe el marido y de la que la mujer es caucionante solidaria. La sentencia concluye que el tercer deudor solidario tendrá acción por el total, aun contra la mujer, estando ésta obligada como caucionante por todo lo que debe el deudor principal (1). Esta es una nueva presunción imaginada por la Corte, mientras todos la ignoran. Si el art. 1,431 considera á la mujer como caucionante, esto es en sus relaciones con el acreedor; mientras que la Corte de Casación considera á la mujer como caucionante en las relaciones de los codeudores entre sí. ¿Y por qué establece la Corte esta presunción? Para dar al deudor que ha pagado un recurso por el todo contra la mujer; así se voltea contra la mujer una dis-

1 Denegada, 29 de Noviembre de 1827 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 1,059). Troplong, (t. I, pág. 365, núm. 1,046) y todos los autores aprueban. Aubry y Rau, t. V, pág. 351, nota 32, pfo. 510. Marcadé, t. V, pág. 548, núm. 2 del art. 1,431.

posición que tiene por objeto garantizar sus intereses. En fin, ¿dónde se dice que si una deuda está contraída solidariamente por ambos esposos y un tercero, el marido y la mujer sólo forman una sola y misma persona y que cada uno de ellos está obligado para con el tercer codeudor? Hé aquí á lo que conduce la doctrina de las presunciones que los intérpretes imaginan: ya no interpretan la ley, la hacen.

97. El art. 1,431 supone que la mujer está obligada solidariamente con su marido. ¿Qué debe decidirse si se ha obligado conjuntamente con su marido, pero sin solidaridad? En la opinión general se contesta que la presunción de la ley queda aplicable; no está ligada, se dice, al hecho que la mujer se obligó *solidariamente*, lo está al hecho que la mujer le obliga con consentimiento de marido, y sólo interviene realmente, como caucionante, en interés de este último. (1) Si se admite que el art. 1,431 consagra una presunción legal, debe desecharse esta interpretación que extiende una presunción legal, porque no está permitido extenderla por vía de analogía. En nuestra opinión la decisión de la cuestión es muy sencilla. El marido y la mujer se obligan conjuntamente sin solidaridad; luego cada uno está obligado por la mitad para con el acreedor. Si la mujer paga la mitad de la deuda ¿tendrá compensación contra su marido? La tendrá, según el derecho común, si puede probar que la deuda concierne los negocios del marido ó de la comunidad. Pero es necesario que ministre la prueba. No puede invocar ninguna presunción, no la hay. La ley ni siquiera prevee la hipótesis: ¡y se quiere que en una hipótesis no prevista, la ley establezca una presunción, cuando según el art. 1,350, se necesita una *ley especial* para que haya presunción! La pretendida presunción que se imagina

1 Durantón. t XIV, pág. 416, núm. 306. Rodiére y Pont, t. II, pág. 107, núm. 809. Troplong, t. I, pág. 313, núm. 1,039. Compárese Colmet de Santerre, t. VI, pág. 183, núm. 76 *bis* VII.

presenta á cada paso nuevas dificultades, mientras que la aplicación de los principios generales no presenta ninguna.

98. Hay todavía otro caso no previsto por la ley. Ambos esposos se obligan solidariamente en favor de un tercero. En nuestra opinión acerca del sentido del art. 1,431, la solución no es dudosa. Se aplican los principios generales del derecho. Si el marido y la mujer se han obligado solidariamente, cada uno de ellos está obligado por el total para con el acreedor, y aquel que paga toda la deuda tendrá recurso contra el otro en virtud del art. 1,214. La mujer sólo puede reclamar á título de compensación, el marido la indemniza de lo que debió pagar, pues no se trata de compensación; en el caso estando la deuda contraída en interés de un tercero, la comunidad está fuera de causa, así como el marido como jefe de la comunidad. (1)

En la opinión general la cuestión da lugar á dificultades, y sólo á precio de una inconsecuencia es como se puede salir de la dificultad. La Corte de Casación ha sentado como principio que si ambos esposos contraen una obligación solidariamente, la comunidad es la deudora y la mujer solo es caucionante solidaria (núm. 96). Si tal fuera el sentido del art. 1,431 habría que decidir que la mujer tiene siempre un recurso de derecho pleno contra su marido, y un recurso por el total, puesto que sólo sería caucionante. Esto equivaldría á trastornar las nociones más sencillas del derecho y hacer un nuevo Código Civil. Nosotros preferimos el antiguo. La jurisprudencia y la doctrina han dejado á un lado esta mala interpretación del art. 1,431 y han decidido la cuestión conforme á los principios generales. Una mujer se obliga solidariamente con su marido á pagar el precio de reemplazo de uno de sus hijos. La mujer pretendía ser sólo caucionante en virtud del art. 1,431. Fué sentenciado que estaba obligada personalmente y no como caucio-

1 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 183, núm. 76 *bis* VIII.

nante. ¿Cómo aparta la Corte la pretendida presunción del art. 1,431? Diciendo que es una presunción *juristantum*, que admite la prueba contraria. (1) Se ve que la opinión general acerca del sentido del art. 1,431 sólo sirve para revolver las cosas y crear dificultades. No hay ninguna presunción en este artículo, sólo aplica los principios generales, y estos mismos principios deciden la cuestión que examinamos. La Corte de Rennes da una mejor razón y parece aproximarse á nuestra opinión. Según los términos del artículo 1,431, dice la sentencia, la mujer que se obliga solidariamente con su marido *sólo es reputada su cauconante y sólo tiene derecho á una indemnización cuando la obligación concierne el negocio del marido ó de la comunidad*. Luego el art. 1,431 está fuera de causa cuando el marido y la mujer se obligan en interés de un tercero. (2)

99. El art. 1,431 dice que la mujer está reputada cauconante del marido cuando se obliga solidariamente con él para negocios de la comunidad ó del marido. Demante enseña que por su lado el marido se reputa caucionante cuando se compromete para negocios personales de su mujer. La ley, dice, aplica este principio al caso en el cual el marido garantiza solidariamente ó de otro modo la venta que la mujer hace de sus inmuebles (art. 1,432). Esto no es enteramente exacto. Cuando el marido garantiza solidariamente la venta es codeudor solidario y, en este caso, se le puede aplicar el art. 1,216 del cual el art. 1,431 es una aplicación (núm. 75). En nuestra opinión el art. 1,431 no establece ninguna presunción en favor de la mujer reputada caucionanle; la ley da á ésta un recurso contra su marido, á reserva de probar que se obligó para los negocios del marido

1 Lyon, 11 de Junio de 1833 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 10,55. Compárese París, 30 de Diciembre de 1841 (*ibid*, núm. 1,056).

2 Rennes, 22 de Noviembre de 1848 (Dalloz, 1851, 2, 151). Compárese Rodière y Pont, t. II, pág. 108, núm. 810. Troplong, t. I, pág. 314, núms. 1,042 y 1,043. Aubry y Rau, t. V, pág. 351 y nota 33, pfo. 510.

ó de la comunidad (núm. 94). Esto es el derecho común. Lo mismo pasa con el marido que garantiza solidariamente la venta que la mujer hace de un propio; tiene también un recurso contra ella porque la misma naturaleza del negocio prueba que es personal de la mujer. Esto es también el derecho común. Si el marido hubiese garantizado sin solidaridad, ó si simplemente hubiese autorizado á la mujer, la deuda, en nuestra opinión, caería en la comunidad y, por consiguiente, el marido estaría obligado por ella en sus bienes. No hay que decir que tendría igualmente recursos contra su mujer, es decir, una compensación, sin que pueda decirse que se le reputa caucionante. Es mejor no servirse de esta expresión, porque implica la idea de una presunción que en realidad no existe. Debe decirse que se aplican los principios generales que rigen á las compensaciones. (1)

§ VI.—De las deudas contraidas por la mujer como mandataria del marido.

100. El art. 1,420 dice: «Toda deuda que sólo está contraída por la mujer en virtud del poder general ó especial del marido está á cargo de la comunidad y el acreedor no puede perseguir su pago contra la mujer ni en sus bienes personales.» Esta disposición viene después de la del artículo 1,419, que determina los efectos de las deudas de la mujer autorizada por el marido. La diferencia que la ley establece entre la autorización del marido y el mandato que da el marido á la mujer, es grande. Hay esta analogía: que en ambos casos la comunidad está obligada y, por consiguiente, también el marido; si el art. 1,420 no lo dice del marido, es porque era inútil, pues es evidente que el mandante está obligado por los actos del mandatario Pero el man-

1 Demante, t. V, pág. 183, núm. 77. Colmet de Santerre, t. VI, pág. 183, núm. 77 *bis*.

nante. ¿Cómo aparta la Corte la pretendida presunción del art. 1,431? Diciendo que es una presunción *juristantum*, que admite la prueba contraria. (1) Se ve que la opinión general acerca del sentido del art. 1,431 sólo sirve para revolver las cosas y crear dificultades. No hay ninguna presunción en este artículo, sólo aplica los principios generales, y estos mismos principios deciden la cuestión que examinamos. La Corte de Rennes da una mejor razón y parece aproximarse á nuestra opinión. Según los términos del artículo 1,431, dice la sentencia, la mujer que se obliga solidariamente con su marido *sólo es reputada su cauconante y sólo tiene derecho á una indemnización cuando la obligación concierne el negocio del marido ó de la comunidad*. Luego el art. 1,431 está fuera de causa cuando el marido y la mujer se obligan en interés de un tercero. (2)

99. El art. 1,431 dice que la mujer está reputada cauconante del marido cuando se obliga solidariamente con él para negocios de la comunidad ó del marido. Demante enseña que por su lado el marido se reputa caucionante cuando se compromete para negocios personales de su mujer. La ley, dice, aplica este principio al caso en el cual el marido garantiza solidariamente ó de otro modo la venta que la mujer hace de sus inmuebles (art. 1,432). Esto no es enteramente exacto. Cuando el marido garantiza solidariamente la venta es codeudor solidario y, en este caso, se le puede aplicar el art. 1,216 del cual el art. 1,431 es una aplicación (núm. 75). En nuestra opinión el art. 1,431 no establece ninguna presunción en favor de la mujer reputada caucionanle; la ley da á ésta un recurso contra su marido, á reserva de probar que se obligó para los negocios del marido

1 Lyon, 11 de Junio de 1833 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 10,55. Compárese París, 30 de Diciembre de 1841 (*ibid*, núm. 1,056).

2 Rennes, 22 de Noviembre de 1848 (Dalloz, 1851, 2, 151). Compárese Rodière y Pont, t. II, pág. 108, núm. 810. Troplong, t. I, pág. 314, núms. 1,042 y 1,043. Aubry y Rau, t. V, pág. 351 y nota 33, pfo. 510.

ó de la comunidad (núm. 94). Esto es el derecho común. Lo mismo pasa con el marido que garantiza solidariamente la venta que la mujer hace de un propio; tiene también un recurso contra ella porque la misma naturaleza del negocio prueba que es personal de la mujer. Esto es también el derecho común. Si el marido hubiese garantizado sin solidaridad, ó si simplemente hubiese autorizado á la mujer, la deuda, en nuestra opinión, caería en la comunidad y, por consiguiente, el marido estaría obligado por ella en sus bienes. No hay que decir que tendría igualmente recursos contra su mujer, es decir, una compensación, sin que pueda decirse que se le reputa caucionante. Es mejor no servirse de esta expresión, porque implica la idea de una presunción que en realidad no existe. Debe decirse que se aplican los principios generales que rigen á las compensaciones. (1)

§ VI.—De las deudas contraidas por la mujer como mandataria del marido.

100. El art. 1,420 dice: «Toda deuda que sólo está contraída por la mujer en virtud del poder general ó especial del marido está á cargo de la comunidad y el acreedor no puede perseguir su pago contra la mujer ni en sus bienes personales.» Esta disposición viene después de la del artículo 1,419, que determina los efectos de las deudas de la mujer autorizada por el marido. La diferencia que la ley establece entre la autorización del marido y el mandato que da el marido á la mujer, es grande. Hay esta analogía: que en ambos casos la comunidad está obligada y, por consiguiente, también el marido; si el art. 1,420 no lo dice del marido, es porque era inútil, pues es evidente que el mandante está obligado por los actos del mandatario Pero el man-

1 Demante, t. V, pág. 183, núm. 77. Colmet de Santerre, t. VI, pág. 183, núm. 77 *bis*.

datario no se obliga personalmente cuando obra como tal. El art. 1,420 aplica este principio á la mujer mandataria del marido; el acreedor no tiene ninguna acción contra ella, ni en sus bienes, sólo la tiene contra el marido; y como toda deuda del marido es deuda de la comunidad, el acreedor podrá perseguir á esta última. (1) No sucede así cuando la mujer se obliga con autorización de su marido; ella es entonces quien habla en el contrato, ella es la deudora personal, y el acreedor tiene, pues, ante todo, acción contra ella y en sus bienes. La ley hace caer esta deuda en la comunidad (art. 1,409, núm. 2); por consiguiente, el acreedor podrá perseguir el pago contra la comunidad y en los bienes del marido, siendo deuda de esta última toda deuda del marido.

La autorización marital difiere también del mandato por otro punto. Según el art. 223 toda *autorización general* aun estipulada por el contrato de matrimonio, sólo es válida en cuanto á la administración de los bienes de la mujer. El marido no puede, pues, autorizar á su mujer de un modo general; es de principio que la autorización sea especial, la autorización general sería una abdicación de poder que la ley da al marido en la mujer, y el marido no puede renunciar una autoridad que es de orden público. El art. 1,420, al contrario, permite al marido dar un poder general á su mujer, y la ley no limita los poderes que el marido puede dar á la mujer mandataria; el mandato confiado á la mujer queda, pues, en los términos del derecho común. Resulta de esto que el marido puede dar mandato á su mujer para administrar la comunidad, ó los bienes personales del marido, ó los bienes personales de la mujer; la mujer mandataria puede contratar sin autorización, pues no es ella la que obra, es el marido quien obra por su mediación.

1 Véanse las sentencias relatadas en el *Repertorio* de Dalloz, en la palabra *Matrimonio*, núm. 849, I-III.

En fin, la autorización está sometida á formas especiales; la autorización expresa debe estar exenta (art. 217) y la autorización tácita sólo puede resultar del concurso del marido en el acta. Estas disposiciones excepcionales son extrañas al mandato, quedan sometidas al derecho común. Puede ser dado verbalmente ó por escrito (art. 1,985), puede aún ser tácito; y vamos á ver que el mandato tácito desempeña un gran papel en el matrimonio.

Estas diferencias que existen entre la autorización y el mandato ejercen su influencia no sólo durante el matrimonio sino después de la disolución de la comunidad. La mujer mandataria no se obliga personalmente y no puede ser perseguida nunca por el acreedor, sólo estará obligada á la deuda como mujer común, es decir, por la mitad si acepta la comunidad; si renuncia está al abrigo de toda persecución. La mujer autorizada, al contrario, se obliga personalmente; es deudora y, por consiguiente, podrá, después de la disolución de la comunidad, ser demandada por toda la deuda, sin distinguir si acepta ó si renuncia; sólo que si renuncia tendrá un recureo contra el marido por el todo ó sus herederos, y si acepta sólo lo tendrá por la mitad.

101. Recordamos estos principios elementales que hemos ya establecido en otro lugar (t. III, núm. 112) porque la doctrina y la jurisprudencia sobre todo confunden á menudo la autorización marital y el mandato que el marido da á su mujer. En Toullier la confusión es casi sistemática; no admite el mandato tácito, que en su opinión está subrogado por el art. 1,372; está, pues, precisado á admitir una autorización tácita lo que lo coloca en oposición con el artículo 217; además está necesariamente conducido á confundir el mandato con la autorización. (1) La misma confusión se encuentra en las sentencias cuando se trata del mandato tá-

1 Toullier, t. VI, 2, pág. 237, núm. 263; pág. 241, núm. 267.

cito. Señalaremos sus inexactitudes; aunque sólo sean de lenguaje, es necesario evitarlas, pues el lenguaje inexacto es á menudo la expresión de ideas inexactas y favorece la confusión de principios diferentes; de ahí errores casi inevitables.

102. El mandato dado á la mujer está regido por los principios que el Código establece en el título del *Mandato*. (1) No se deroga á ello en el título del *Contrato de Matrimonio*; el art. 1,420 los aplica, al contrario, disponiendo que la mujer mandataria no está obligada personalmente ni en sus bienes. Sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia admiten que hay una diferencia entre las obligaciones de la mujer mandataria de su marido y las del mandatario en general. Es muy difícil precisar esta diferencia: en derecho se puede negar, pues para que la hubiera sería necesario que fuera establecido por la ley, puesto que esto sería una excepción á los principios generales; y no hay disposiciones excepcionales; se queda uno, pues, bajo el imperio del derecho común.

El marido da mandato á su mujer para administrar la comunidad. Administrar la comunidad, se dice, es no sólo un derecho del marido, es también una obligación de la que no puede descargarse en la persona de la mujer. Sin duda, pero esta obligación no implica ninguna consecuencia jurídica, puesto que el marido no es responsable por su gestión. Gestiona como quiere; puede, pues, encargar también á su mujer el gestionar por él. No es una gestión lo que le impone, puesto que la mujer está libre para aceptar ó no el mandato. No obstante, esta libertad existe en derecho más que de hecho, por razón de la dependencia en la que se halla la mujer. En derecho esta subordinación no impide que la mujer contraiga, pero se concibe que de hecho el juez la

1 Véanse las aplicaciones de este principio en las sentencias citadas en el *Repertorio* de Dalloz, en la palabra *Matrimonio*, núm. 849, IV-VII.

tome en cuenta cuando se trata de determinar las obligaciones de la mujer. Es en este sentido como los autores dicen que el mandato de gestión de la comunidad no somete á la mujer á todas las obligaciones que el mandato impone al mandatario. No nos atreveríamos á decir esto en derecho: ¿dónde está la ley que autoriza al intérprete para admitir esta excepción? ¿Se está permitido derogar á la ley sin texto? Los editores de Zachariæ dicen que la mujer sólo estaría obligada por su dolo: esto es una terminante derogación al art. 1,992, según el cual el mandatario no sólo responde por su dolo sino también por las faltas que comete en su gestión, á reserva de apreciar estas faltas con menos rigor, porque el mandato de la mujer es necesariamente gratuito; en este caso, la responsabilidad del mandatario es menos rigurosa. (1) Se ve que el juez tiene cierta latitud en la aplicación de los principios que rigen la responsabilidad: puede usar de ella en favor de la mujer; esto es cuanto permiten los principios.

103. La jurisprudencia ha ido aún más allá; ha puesto á la mujer fuera del derecho común. Ha sido sentenciado que no necesita dar cuenta de su gestión. «Cuando la mujer administra los bienes de la comunidad por *autorización* que para ello le da el marido, dice la Corte de Aix, no se la puede someter á todas las responsabilidades que pesan en los demás mandatarios.» No puede tratarse de *autorización*, se necesita un *mandato* para que pueda gestionar los bienes comunes. ¿Por qué este mandato no había de tener el efecto de cualquier mandato? Porque, se dice, la responsabilidad de la mujer cambiaría las condiciones á las que la ley quiso someter á la asociación conyugal y comprometería gravemente los derechos de la mujer. Esto no es exacto; la comunidad continúa siendo lo que es, sólo que la mujer res-

1 Aubry y Rau, t. VI, pág. 331 y nota 20, pfo. 509. Rodière y Pont, t. II, pág. 84, núm. 791.

ponderá por su gestión. Si el mandato dado á la mujer no es el mandato ordinario, ¿cuál es, pues? La Corte limita las obligaciones de la mujer á hacer un inventario y á responder por el mal gasto y el encubrimiento; no tiene otras cuentas que entregar. (1) Esto es puramente arbitrario. Rodière y Pont critican con razón la sentencia de la Corte de Aix; quieren que la mujer dé cuenta, pero, una vez dada, dicen, sólo responderá por su dolo. Esta doctrina es tan arbitraria como la otra, puesto que deroga á un texto de la ley.

La Corte de Burdeos da razones para justificar la diferencia que establece entre la mujer y el mandatario ordinario. Admite que la mujer no está dispensada de dar cuenta, pero que esta cuenta no debe estar apoyada de los comprobantes. La confianza y los miramientos que deben reinar entre esposos, el afecto que los conduce á no distinguir el uno del otro, la misma naturaleza de la administración de la mujer no permiten que se les impongan las precauciones que la prudencia y la ley mandan en las relaciones ordinarias de la vida y del mandatario con el mandante. Basta cuanto á la mujer que haya hecho, en relación á las circunstancias, á la condición de los esposos, á la fortuna del marido y á la necesidad de la situación, un empleo conveniente de los fondos que le fueron entregados. En el caso se trataba del empleo de una suma de 25,000 francos que el banquero del marido, caído en demencia, había entregado á la mujer en el momento de la partida de ésta de la Isla de la Reunión para Francia. (2) Las consideraciones que invoca la Corte de Burdeos son justas, pero se dirigen al legislador; en derecho no autorizan á crear otro mandato que el que conoce la ley, á reserva de que el juez use del poder casi discrecional que le concede el art. 1,992.

1 Aix, 15 de Enero de 1838 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, número 1,606).
2 Burdeos, 14 de Junio de 1853 (Dalloz, 1854, 2, 39).

La Corte de Besançón trató de dar un fundamento jurídico á la doctrina consagrada por la jurisprudencia; en nuestro concepto lo consiguió bastante mal. La sentencia toma por punto de partida el art. 1,420 y el art. 1,409; lo que es ya una confusión de ideas, puesto que uno de estos artículos habla de la autorización y el otro del mandato, cosas esencialmente diferentes (núm. 100). Resulta de estos artículos, dice la Corte, que la mujer mandataria no se obliga personalmente y que sus compromisos, en tal calidad, están exclusivamente á cargo de la comunidad. Sin duda, ¿pero prueba esto que la mujer no sea responsable de la ejecución de los compromisos que tomó á cargo de la comunidad? Esto no tiene sentido. Para con el marido, continua la sentencia, la mujer no podría estar sometida á todas las exigencias de los arts. 1,991 y siguientes, particularmente á la obligación de dar cuenta en regla y hacer su gestión en las formas legales. Se pone, pues, á la mujer fuera de la ley y por encima de ella. ¿Por qué motivo? Es que el marido no cesa de conservar la autoridad conyugal, sea en la persona de la mujer, sea en la comunidad, de la que permanece necesariamente el jefe. ¿Quién duda de esto? ¿Pero impedirá que el marido dé un mandato á su mujer? Y si se lo da ¿no deben aplicarse las reglas del mandato? La mujer, dice la Corte, está siempre bajo la dependencia del marido y sometida á su voluntad; obra bajo su dirección y comprobación; en realidad sólo es su dependiente y por razón de esta subordinación los actos de la mujer gerente de la comunidad deben reputarse del marido mismo. Si esto tiene un sentido quiere decir que la responsabilidad de la mujer mandataria recae en el marido mandante; de manera que sería el mandante quien respondiera de la gestión que confía al mandatario: herejía jurídica como pocas. Todo cuanto concede la Corte, y quizá sea una inconsecuencia, es que la mujer no puede tomar nada fraudulentamente;

fuera de esta excepción *las faltas de la mujer son delitos de la comunidad*, la acción del marido contra la mujer se replegaría en el mismo marido (1). ¡Esto es decir que el marido es á la vez mandante y mandatario! Decididamente la justificación de la jurisprudencia es la condenación de la doctrina que ha consagrado.

104. La situación es más singular cuando el marido da un mandato á la mujer para administrar los bienes que son personales á ésta. Se puede preguntar si tal mandato es válido. ¿No se trata más bien de una autorización? Las sentencias que vamos á analizar no contestan la validez del mandato. Es verdad que, en el caso, la propietaria está encargada de administrar sus propios bienes como mandataria, lo que seguramente es una singularidad jurídica. Se explica no obstante. El marido, en virtud de la ley ó de la convención tácita de los esposos, es administrador de los bienes de la mujer, como lo es de los bienes comunes; puede confiar una y otra administración á un mandatario, luego á su mujer; ésta administrará no como propietaria sino como mandataria. ¿Cuál será el efecto de este mandato?

El marido da mandato á su mujer para colocar el precio de sus propios enajenados. Sucede que estas colocaciones son desgraciadas y se pierde el precio. Cuestión de saber si el marido es responsable. La Corte de Casación se pronunció por la afirmativa que no nos parece dudosa. El marido es administrador legal de los bienes de su mujer y es responsable como tal. ¿Puede substraerse á esta responsabilidad dando un poder á su mujer para que haga por sí lo que debía hacer el marido, la colocación de sus propios enajenados? Nó, seguramente, pues la mujer mandataria obra en nombre del marid ; la colocación está, pues, como si fuese hecha por el mandante. La colocación de fondos que hace el marido da mandato á su mujer de hacer; está, pues,

1 Besangón, 18 de Noviembre de 1862 (Dalloz, 1872, 2, 212).

hecha por él; desde luego responde de ella. Se preguntará lo que sucede con el mandato y la responsabilidad del mandatario. La Corte de Casación no lo dice y se pudiera inducir de los términos absolutos de la sentencia que la mujer no incurre en ninguna responsablidad. (1) Si tal fuese el pensamiento de la Corte, esto sería un error. El marido mandante debe tener acción contra la mujer mandataria; ésta es responsable de la ejecución del mandato que aceptó; responsabilidad que, de hecho, será apreciada menos rigurosamente que la del marido, aunque el marido también sea un mandatario por las razones que acabamos de dar. Las circunstancias pueden ser tales que la mujer esté descargada de toda responsabilidad; en efecto, la mujer no responde sino de la leve falta *in concreto*; es decir, que no debe dar á su gestión sino el mismo cuidado que tiene en sus propios negocios (t. XVI, núm. 224). Para con el marido habrá más severidad, porque, de hecho, conoce mejor los negocios que la mujer. Es así como se concilian los dos principios, el de la responsabilidad del marido y la responsabilidad de la mujer mandataria. (2)

105. Hemos supuesto hasta aquí que el mandato era expreso. Esto es, que el caso del art. 1,420 parece tener en vista, puesto que habla de un poder general ó especial, y la palabra *poder* se toma en el sentido del art. 1,992 que supone un mandato dado por escrito ó verbalmente, luego expreso. El mandato puede también ser tácito. La doctrina y la jurisprudencia admiten que la mujer tiene un mandato tácito para hacer todos los gastos de casa; de manera que al hacerlo no se obliga personalmente puesto que obra como mandataria; obliga al marido del cual es mandataria y, por consiguiente, á la comunidad. ¿Cuál es el fundamento

1 Denegada, 8 de Febrero de 1853 (Dalloz, 1853, 1, 33).
2 Compárese Denegada, 25 de Noviembre de 1868 (Dalloz, 1869, 1, 148).

de este mandato tácito? El mandato es un contrato, exige el consentimiento del marido y de la mujer; todo consentimiento puede ser expreso ó tácito. El consentimiento tácito no es un consentimiento presumido, es un concurso de voluntades que resulta de hechos. Y fácil es convencerse de que el hecho del matrimonio produce este consentimiento tácito, en virtud del que la mujer queda encargada de hacer, en nombre del marido, todos los gastos de la casa. El matrimonio impone obligaciones á los esposos: deben alimentar, vestir y educar á sus hijos (art. 203); los esposos se deben mutuo socorro y asistencia, luego están obligados el uno hacia el otro con la obligación alimenticia en su más lata expresión (art. 212); el marido particularmente está obligado á ministrar á la mujer todo lo que le es necesario para las necesidades de la vida, según sus facultades y oficio (art. 214). ¿Porqué la ley sólo habla del marido? Si éste no tuviese bienes la mujer está obligada á ministrarle todo cuanto le fuese necesario. La ley habla del marido porque él es el jefe de la asociación conyugal; á él es á quien la mujer trae un dote para ayudarle á soportar los cargos del matrimonio; hay dote bajo todos los regímenes (t. XXI, núm. 157), puesto que siempre hay cargos que soportar; estos cargos no cambian de naturaleza según los regímenes, y siempre es el marido quien debe proveerlos.

¿Cómo cumple con esta obligación? Se necesitan para esto convenciones diarias é incesantes; es lo que se llaman los gastos de casa. ¿Es el marido quien los debe hacer? Esto es cosa imposible, sus ocupaciones se lo impiden; debe todo su tiempo á su trabajo que es la misión de la vida. La mujer tiene también su misión, es la de presidir el trabajo de la casa; por esto es que se le califica de buena ó mala ama de casa. Pero la mújer no puede atender á la casa sin contraer, y es incapaz para ello. ¿Se dirá que el marido puede autorizarla? Esto es imposible, puesto que el marido tendría

que intervenir á cada instante del día para autorizar á su mujer. Además, la autorización no correspondería á las necesidades de la situación. El marido es quien es jefe de la familia, él es, pues, quien debe contraer y obligarse, no es la mujer; no puede, pues, tratarse de autorización. No pudiendo obrar por sí solo el marido, le queda dar mandato á su mujer. ¿Debe este mandato darse por escrito ó verbalmente? Nó, esto es inútil; por el solo hecho del matrimonio el marido sabe que tiene una casa que dirigir, sabe que esta misión pertenece á la mujer. Esta por su lado sabe que tal será su deber. Se forma así un concurso de voluntades tácitas tendiendo á constituir á la mujer en mandataria para los gastos de la casa. (1)

106. La tradición está en este sentido; (2) la doctrina es unánime y la jurisprudencia está conforme. No obstante, necesitamos llamar la atención acerca de la confusión que hemos señalado entre el mandato y la autorización. El día 20 de Octubre de 1792 la Duquesa Choiseul-Stainville firmó, en provecho de la Sra. Bastín, modista de la Reina, un vale por 41,617 francos, monto de mercancías que ésta le entregara. La Corte de París condenó á la Duquesa á pagar. Recurso de casación por violación de la costumbre de París, que no permitía á la mujer obligarse sin *autorización* de su marido. La Corte desechó el recurso decidiendo que la jurisprudencia había modificado la incapacidad de la mujer en lo que era relativo á su mantenimiento y al de su casa, por lo que la mujer puede obligarse sin autorización de su marido si los gastos son proporcionados á su rango y facultades. (3) Esto es un error manifiesto. Dejemos á un lado la antigua jurisprudencia. El Código Napoleón declara

1 Toullier, t. VI, 2, pág. 236, núm. 261. Rodière y Pont, t. II, pág. 86, número 792. Marcadé, t. V, pág. 518, núm. 1 del art. 1,420.

2 Véanse las fuentes en Aubry y Rau, t. V, pág. 340, nota 49, pfo. 509 (4.ª edición).

3 Denegada, 7 de Noviembre de 1820 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 1,006).

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

también á la mujer incapaz para contratar sin autorización marital; ¿quiere esto decir que para los gastos de casa la mujer está libertada de su incapacidad? No, pues se necesitaría un texto que consagrara esta excepción, y el legislador mucho se cuidó de hacerlo, pues si la mujer obrase personalmente con autorización sería deudora y obligada al pago en sus bienes; mientras que, según el art. 1,409, núm. 5, los gastos de la casa son una deuda de la comunidad; es, pues, como mandataria como la mujer obra, y, como tal, no se obliga personalmente, obliga á su marido y á la comunidad.

Una sentencia de la Corte de Douai está concebida casi en los mismos términos, excepto que la Corte condenó al marido á pagar las compras de vestidos que había hecho la mujer. Estos gastos, dice la Corte, entran en los límites de la administración de la casa, confiada naturalmente á la mujer; y como nada tienen de excesivos, en relación á la fortuna y posición social del marido, éste se considera *como si hubiera autorizado tales gastos* y no puede rehusarse á pagarlos bajo el pretexto de que no hubo *autorización expresa* de su parte. (1) Si se tratara de *autorización*, el marido hubiera tenido razón en negar el pago, pues el artículo 217 exige que consienta por escrito ó que concurra al acto. Pero no se trataba de autorización y la misma Corte lo confiesa, puesto que dice que la administración de la casa está naturalmente confiada á la mujer; si está encargada de esta gestión es porque es mandataria, y lo es en virtud de un mandato tácito. Esto no es una cuestión de palabras; hemos comenzado por establecer las diferencias esenciales que existen entre la autorización marital y el mandato que el marido da á su mujer (núm. 100). Sirvámonos, pues, de las palabras propias con el fin de impedir que la confusión de principios venga como consecuencia de la inexactitud de lenguaje.

1 Douai, 24 de Diciembre de 1833 (Dalloz, 1847, 2, 59).

107. ¿Cuál es el objeto de este mandato tácito y cuáles son sus límites? Puede haber mandato tácito como mandato expreso para todas las cosas; por ahora sólo hablamos del mandato que resulta del matrimonio. Tiene, sobre todo, por objeto las compras al por menor que se hacen diariamente para las necesidades de la casa. El Presidente Lamoignón lo había así formulado en su proyeto de decreto: «Obligación de la mujer hecha bajo autorización del marido, es de vituallas y provisiones ordinarias de la casa, por mercancías de telas, lino y otros géneros, sirviendo de uso ordinario, es válida.» Es de sentirse que los autores del Código no hayan formulado una disposición análoga; (1) nos parece que es mejor dejar á los jueces una gran latitud en esta materia, que es enteramente de hecho. Así Lamoignón sólo habla de los alimentos y de los vestidos: ¿no se extiende más allá el mandato de la mujer? La Corte de Casación admitió el mandato tácito para la compra de muebles y estableció el principio en términos muy generales para todo gasto ordinario ordenado por la mujer: estos gastos, dice la Corte, haciéndose á la vista del marido, sin contradicción por su parte, son como hechos por su consentimiento. En el caso se trataba de muebles sirviendo al departamento ocupado por el marido y la mujer. La sentencia comprobaba el hecho; lo que prueba que la decisión depende de las circunstancias de la causa. (2)

La mujer, teniendo derecho para hacer estos gastos, tiene por esto mismo el derecho de pagar su monto y firmar los vales en favor del acreedor. (3) Si un tercero paga estas deudas ó hace anticipos á la mujer para pagarlas, esta obligación tendrá igualmente por objeto los gastos de casa. (4)

1 Toullier, t. VI, 2, pág. 237, núm. 262.
2 Denegada, 5 Frimario, año XIV (Dalloz, en la palabra *Matrimonio*, número 807).
3 París, 25 de Febrero de 1826. Rennes, 26 de Agosto de 1820 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 1,014).
4 Aubry y Rau, t. V, pág. 340, nota 49, pfo. 509.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

108. Cuanto al efecto del mandato tácito se aplican los principios generales que rigen el mandato (núm. 100). Unos acreedores habían demandado al marido y á la mujer; fué sentenciado que la mujer no se obliga personalmente; que sólo obliga á la comunidad cuando ha contraído deudas para sus necesidades y las de sus hijos, porque obra en nombre del marido que, como jefe de la comunidad, le ha dado mandato tácito para contratar en su lugar. (1)

¿Quiere esto decir que el marido deba pagar todas las deudas contraídas por la mujer para las necesidades de la casa? Si se tratara de un mandato expreso la afirmativa no sería dudosa. El mandatario sólo ejecuta las órdenes del mandante y no tiene que ver si los gastos son ó no necesarios. No sucede así con el mandato tácito; el marido no da seguramente poder á la mujer para hacer gastos excesivos. Hay aquí consideraciones de hecho de que el juez es apreciador: el gasto varía según la fortuna, según la posición social y, sobre todo, según los gustos y necesidades muy frecuentemente ficticios de aquellos que los hacen. Los tribunales pudieran, pues, reducir las memorias de los proveedores, á éstos toca no dar á crédito para gastos que fueren excesivos. D'Argentré lo hizo ya notar; la mujer no puede obligar á su marido más allá de lo que él mismo hubiere gastado; unos gastos excesivos pudieran sembrar el desorden en sus negocios y serle además desagradables por otros motivos: «las botas finas molestan los pies, dice el antiguo D'Argentré, pero no siempre se sabe en qué lugar.» (2) La jurisprudencia está en este sentido. Toca á los acreedores, dice la Corte de Poitiérs, reducir el crédito que abren, si creen que haya abuso por parte de la mujer. Una joven esposa, de diez y siete años, que acababa de recibir sus

1 Poitiérs, 17 de Junio de 1862 (Dalloz, 1864, 2, 22).
2 D'Argentré acerca del art. 424 *de la Costumbre de Bretaña*, glosa 2, página 1,499, edición de 1661. Rodière y Pont relatan el pasaje (t. II, pág. 90, número 795). Colmet de Santerre, t. VI, pág. 138, núm. 63 *bis* III.

donas en relación á su condición, compra, según la factura del comerciante, por 1,700 francos de encajes, muselinas, etc. La Corte de Rouen sentenció que había exceso y aun dolo; declaró la deuda nula, con excepción de un abono de 300 francos que la mujer le había ya pagado. (1)

109. El mandato tácito supone una cosa común, la verdadera vida de familia, cada uno de los esposos cumpliendo con su misión. ¿Qué debe decidirse si los esposos viven separados, no en virtud de una separación judicial sino á consecuencia de arreglos intervenidos entre ellos, porque la vida común les fuera insoportable? Es seguro que, en estas circunstancias, no puede ya admitirse un mandato tácito, pues éste se forma por el concurso de voluntades; ¿y cómo pudiera haberlo cuando los sentimientos están en discordancia y hostilidad? No obstante no debe concluirse, como lo hace Toullier, que los gastos hechos por la mujer serían personales. (2) Si no hay mandato tácito hay otro principio que pone los gastos á cargo del marido. Mientras dura el matrimonio, y aunque los esposos vivan separados, el marido es el jefe de la sociedad conyugal, obligado como tal á proveer á las necesidades de la mujer y de los hijos (artículos 212 y 203). Luego los gastos que hace la mujer, aunque separada, para su manutención y la de sus hijos, deben ser soportados por el marido. Queda por saber contra quién tienen acción los acreedores. En principio ellos tratan con la mujer; ésta no puede alegar mandato por la razón que acabamos de dar. Pero, por su lado, la mujer tiene acción contra su marido; los acreedores pueden, pues, promover contra el marido en nombre de la mujer que es su deudora. Esto es el derecho común del art. 1,116. Los acreedores aun tendrán acción directa contra el marido como habiendo ges-

1 Poitiers, 17 de Junio de 1862 (Dalloz, 1864. 2, 22). Rouen, 27 de Diciembre de 1809 (Dalloz, en la palabra *Matrimonio*, núm. 809, 4.°)
2 Compárese Toullier, t. VI. 2, pág. 245. núm. 272. Rodière y Pont, t. II, pág. 87, núm. 793).

tionado su negocio, no porque haya cuasicontrato propiamente dicho, pero hay un gasto que aprovecha al marido; los acreedores tendrán, pues, acción fundada en la equidad que los intérpretes llaman *de in rem verso* (t. XX, número 334). (1)

110. La jurisprudencia está en este sentido. Dos esposos viven separadamente, el marido paga á su mujer una pensión anual de 2,000 francos. Después de esta separación voluntaria el marido anuncia varias veces en periódicos de la localidad, que teniendo su mujer una renta fija para sus necesidades, entiende que no pagará las deudas que ésta contraiga. La mujer fué después á habitar en otra población y contrajo deudas con algunos proveedores: éstos demandan al marido. La Corte de Besançón sentenció primero que la mujer no era ya mandataria de su marido, no pudiendo suponerse el mandato cuando hay vida separada. En primera instancia el juez había admitido la acción de los acreedores por motivo de que no habían podido tener conocimiento de los avisos insertados en los periódicos por el marido. La Corte responde que toca á los proveedores informarse de la condición de las personas á las que abren un crédito; si se hubieran informado en el caso les hubiera sido fácil saber que trataban con una mujer separada de su marido; que, por consiguiente, no podían ya considerarla como mandataria de éste; tenían la culpa en haber ministrado mercancías durante siete meses sin tomar informes. La Corte concluye que no tenían acción, pues no podían promover contra el marido sino en nombre de la mujer su deudora; y ésta no tenía derecho de obrar, puesto que recibía la pensión que su marido se había obligado á pagarle. (2)

Se presentan situaciones más delicadas en las que se necesita otro motivo para decidir. Después de una separación voluntaria de dos esposos y de un arreglo tomado con el suegro, el marido entrega á éste la suma de 4,000 francos anuales, formando el rédito de la dote que tiene recibida. La mujer abandona el domicilio de su padre y se va á vivir á un hotel. Desde aquel momento el marido deja de pagarle su pensión, fundándose en que había abandonado el domicilio paterno contra su voluntad y en que no residía en el domicilio que le había sido asignado por una orden del juez, á propósito de una demanda en separación de cuerpos entablada contra ella. La Corte de Apelación condenó, no obstante, al marido á pagar la pensión íntegra, sin tener en cuenta las prohibiciones reiteradas que había hecho al dueño del hotel para que no abriera cuenta á su mujer; y, en el caso, el marido no había atendido á las necesidades de la mujer, puesto que no le pagaba ya ninguna pensión. En el recurso intervino una sentencia de casación. Los motivos son notables. La Corte dice que el marido no estaba obligado hacia el dueño del hotel en virtud de un contrato; sus protestas hacían imposible toda convención. ¿Estaba obligado en virtud de un cuasicontrato hacia los proveedores? La Corte de Apelación no alegaba ninguno; este era el vicio de la sentencia. Los proveedores pueden tener acción contra el marido por razón del provecho que le procuraron por sus mercancías, puesto que saldan una deuda que incumbe al marido; la Corte de Apelación debió, dice la Corte Suprema, examinar la importancia y la cuotidad del provecho personal que los proveedores habían procurado al marido; debió apreciar la defensa del marido, la deserción de la mujer del domicilio que le había sido asignado por orden del juez. Así la Corte reconoce que los proveedores tienen contra el marido la acción *de in rem verso*. Pero como esta acción está fundada en el provecho que resulta al marido

1 Rennes, 26 de Agosto de 1820 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 1,014).
2 Besançón, 25 de Julio de 1866 (Dalloz, 1866, 2, 149).

por las provisiones ministradas, es necesario que el juez estime este provecho, si no falta á la sentencia el fundamento jurídico. (1)

Puede suceder que el marido tenga la culpa. En este caso la decisión es fácil. El marido deserta del domicilio conyugal; no provee á las necesidades de su mujer y de sus hijos. Su obligación es segura; sin embargo, no se puede decir que da mandato á su mujer; el mandato tácito supone la vida común, la que no puede ya admitirse cuando el marido abandona á su mujer; pero los proveedores hacen el negocio del marido en este sentido, que le prestan un servicio hasta concurrencia de lo que debió gastar el marido para las necesidades de la mujer; tienen, pues, acción contra él dentro de estos límites. (2) Con más razón está obligado el marido si rehusa recibir á su mujer ó si por insultos obliga á ésta á desertar de la casa conyugal. (3) Es inútil detenerse en estos tristes debates; el derecho de la mujer es seguro y, por consiguiente, los acreedores tienen acción *de in rem verso* contra el marido.

111. Todo mandato cesa por la revocación, luego también el mandato tácito (art. 2,003). El principio es incontestable, pero la aplicación presenta dificultades. ¿Cómo puede el marido revocar el mandato que es la consecuencia del matrimonio? Si notifica la revocación á sus habituales proveedores, la mujer se dirigirá á otros. De esto ha venido el uso de insertar la revocación en los periódicos. ¿Bastará esto para hacer no admisible la acción de los proveedores? Según el art. 2,005 los terceros pueden prevalerse de la ignorancia de una revocación que sólo fué notificada al mandatario; podrán también oponer al marido que no han leído

1 Casación, 12 de Enero de 1874 (Dalloz, 1874, 1, 154).
2 Compárese París, 25 de Febrero de 1826; Rennes, 26 de Agosto de 1820 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 1,014).
3 Burdeos, 8 de Junio de 1839 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 1,011).

el aviso salido en los periódicos, y al marido tocaría dar la prueba contraria. (1)

Otra dificultad. Si el marido revoca el mandato ¿quedará la mujer obligada personalmente? La mujer que no es mandataria sólo puede obligarse con autorización de su marido ó de justicia; si no está autorizada la obligación es nula. ¿Los acreedores tendrán la acción *de in rem verso*? Contra la mujer no, pues no hacen su negocio, hacen cuando más el del marido. Decimos cuando más, pues si el marido proveyera á las necesidades de la mujer, los proveedores no estarían admitidos á decir que han pagado la deuda que el marido ha pagado él mismo. No tendrían, pues, acción contra el marido sino en los límites del provecho que le habían proporcionado. (2)

112. Puede existir el mandato tácito entre esposos para otro objeto que los gastos de casa. Así, el marido es comerciante iletrado, la mujer es quien firma y quien contrata como apoderada general del marido, sin que para esto exista poder escrito ó verbal; pero hay un concurso de consentimientos que da á la mujer el derecho de obrar en nombre de su marido. No debe confundirse este caso con aquel en que la mujer es comerciante en virtud de autorización del marido. Autorizada se obliga personalmente y obliga también, si es mujer común, á la comunidad y al marido. Mandataria no se obliga personalmente, obliga al mandante, su marido, y, por consiguiente, á la comunidad. (3)

§ VII.—¿Es la mujer un tercero para con su marido?

113. Esta cuestión ha sido fuertemente discutida en Bélgica; el debate terminó con una ley interpretativa que nos

1 Rodiére y Pont, t. II, pág. 90, núm. 796.
2 Aubry y Rau, t. V, pág. 341 y nota 58, pfo. 509 (4.ª edición).
3 Angers, 27 de Febrero de 1819 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 1,021).

por las provisiones ministradas, es necesario que el juez estime este provecho, si no falta á la sentencia el fundamento jurídico. (1)

Puede suceder que el marido tenga la culpa. En este caso la decisión es fácil. El marido deserta del domicilio conyugal; no provee á las necesidades de su mujer y de sus hijos. Su obligación es segura; sin embargo, no se puede decir que da mandato á su mujer; el mandato tácito supone la vida común, la que no puede ya admitirse cuando el marido abandona á su mujer; pero los proveedores hacen el negocio del marido en este sentido, que le prestan un servicio hasta concurrencia de lo que debió gastar el marido para las necesidades de la mujer; tienen, pues, acción contra él dentro de estos límites. (2) Con más razón está obligado el marido si rehusa recibir á su mujer ó si por insultos obliga á ésta á desertar de la casa conyugal. (3) Es inútil detenerse en estos tristes debates; el derecho de la mujer es seguro y, por consiguiente, los acreedores tienen acción *de in rem verso* contra el marido.

111. Todo mandato cesa por la revocación, luego también el mandato tácito (art. 2,003). El principio es incontestable, pero la aplicación presenta dificultades. ¿Cómo puede el marido revocar el mandato que es la consecuencia del matrimonio? Si notifica la revocación á sus habituales proveedores, la mujer se dirigirá á otros. De esto ha venido el uso de insertar la revocación en los periódicos. ¿Bastará esto para hacer no admisible la acción de los proveedores? Según el art. 2,005 los terceros pueden prevalerse de la ignorancia de una revocación que sólo fué notificada al mandatario; podrán también oponer al marido que no han leído

1 Casación, 12 de Enero de 1874 (Dalloz, 1874, 1, 154).
2 Compárese París, 25 de Febrero de 1826; Rennes, 26 de Agosto de 1820 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 1,014).
3 Burdeos, 8 de Junio de 1839 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 1,011).

el aviso salido en los periódicos, y al marido tocaría dar la prueba contraria. (1)

Otra dificultad. Si el marido revoca el mandato ¿quedará la mujer obligada personalmente? La mujer que no es mandataria sólo puede obligarse con autorización de su marido ó de justicia; si no está autorizada la obligación es nula. ¿Los acreedores tendrán la acción *de in rem verso*? Contra la mujer no, pues no hacen su negocio, hacen cuando más el del marido. Decimos cuando más, pues si el marido proveyera á las necesidades de la mujer, los proveedores no estarían admitidos á decir que han pagado la deuda que el marido ha pagado él mismo. No tendrían, pues, acción contra el marido sino en los límites del provecho que le habían proporcionado. (2)

112. Puede existir el mandato tácito entre esposos para otro objeto que los gastos de casa. Así, el marido es comerciante iletrado, la mujer es quien firma y quien contrata como apoderada general del marido, sin que para esto exista poder escrito ó verbal; pero hay un concurso de consentimientos que da á la mujer el derecho de obrar en nombre de su marido. No debe confundirse este caso con aquel en que la mujer es comerciante en virtud de autorización del marido. Autorizada se obliga personalmente y obliga también, si es mujer común, á la comunidad y al marido. Mandataria no se obliga personalmente, obliga al mandante, su marido, y, por consiguiente, á la comunidad. (3)

§ VII.—¿Es la mujer un tercero para con su marido?

113. Esta cuestión ha sido fuertemente discutida en Bélgica; el debate terminó con una ley interpretativa que nos

1 Rodiére y Pont, t. II, pág. 90, núm. 796.
2 Aubry y Rau, t. V, pág. 341 y nota 58, pfo. 509 (4.ª edición).
3 Angers, 27 de Febrero de 1819 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 1,021).

dispensa de entrar en los pormenores de la controversia. (1) Un crédito propio de la mujer cae en la comunidad; el marido lo recibe y da recibo privado; el recibo lleva fecha anterior á la separación de cuerpos pronunciada entre los esposos, pera esta fecha no es segura. Se pregunta si el deudor puede oponer el recibo de la mujer. Esto es preguntar si la mujer es tercero en el sentido del art. 1,328. Creemos que la mujer nunca es tercero en cuanto á las actas hechas por el marido bajo el régimen de la comunidad. Si se trata de una acta que el marido hace como jefe de la comunidad y relativo á los intereses de la comunidad, la mujer no es un tercero. Para que la cuestión pueda presentarse hay que suponer que la mujer acepta, pues si rehusa es extraña á cuanto hizo el marido; si acepta está como si hubiese concurrido á todos los actos del marido, como si personalmente hubiese figurado en ellos; siendo parte en el acta ¿cómo había de ser tercero? Se ha objetado que la mujer no es el legatario de su marido, y se ha inducido que es un tercero. Nó, seguramente, la mujer no es un legatario de su marido, pues no saca su derecho de éste; lo tiene por la ley ó, si se quiere, de la comunidad que los esposos han formado tácitamente casándose sin contrato. ¿Pero de que no es legataria debe concluirse que es tercero? Es más que legataria, es parte en el acta que hizo su marido. Esto es decir que las distinciones de tercero y legatario no son aplicables al caso; hay, pues, que hacer á un lado el art. 1,328 por ser extraño al debate.

Si el marido obra como administrador legal la posición es enteramente otra. Poco importa, en este caso, que la mujer acepte ó que renuncie, la aceptación ó la renuncia son extrañas á los actos de administración hechos por el marido;

1 Véase Lieja, 10 de Enero de 1846, casado por sentencia de 14 de Mayo de 1847. En casación, Gante, 30 de Diciembre de 1847 (*Pasicrisia*, 1848, 2, 12), casado por la Suprema Corte, salas reunidas, 17 de Marzo de 1849 (*Pasicrisia*, 1849, 1, 158).

aunque la mujer renunciara no por eso el marido dejará de haber sido administrador de los bienes de la mujer. Es únicamente en el hecho de administración que debe tomarse el motivo para decidir. Y la administración legal es un mandato con el cual la ley reviste al marido. La cuestión está, pues, en saber si el mandatario es un tercero cuanto á los actos hechos por el mandante, y esto no es una cuestión. No es el mandatario quien contrata, es el mandante que obra por mediación del mandatario; luego el mandatario es parte en el acta y, como parte, es imposible que sea tercero.

Se han objetado los inconvenientes que resultan de este sistema. ¿No puede el marido después de la separación de cuerpos, hacer actas en perjuicio de su mujer y anticipar sus fechas? Contestamos lo que hemos dicho muchas veces, que los inconvenientes no son una razón para decidir. Se puede también, y se ha hecho, señalar los inconvenientes que presenta la opinión contraria. ¿Qué nos importa? Esto es cosa del legislador, el intérprete no tiene para qué preocuparse con ellos. Desde que el sentido de una ley está claro, porque resulta del texto y de su espíritu, el intérprete debe admitirlo cualesquiera que sean los inconvenientes que resulten. Y, en el caso, los principios, tal como acabamos de formularlos, no dejan ninguna duda. Lo que ha obscurecido estos largos debates es que se creia aplicable el art. 1,328 á un orden de ideas al que es extraño; la mujer no es tercero ni legatario, es parte.

114. Esto es lo que el Ministro de Justicia ha declarado terminantemente cuando la discusión de la ley interpretativa: "Presumiéndose la mujer *parte* intervenida en todas las actas que su marido hace en virtud del poder marital, todas estas actas, según el art. 1,322, tienen la misma fuerza y la misma fe, tanto para con ella como para con el marido ó sus herederos; tal es el verdadero sentido del art. 1,322." (1)

1 Sesión de la Cámara de Representantes, de 17 de Abril de 1850.

Es en este sentido como debe entenderse la ley interpretativa de 28 de Abril de 1850, la que dice: «El acta privada firmada por el marido y relativa á productos de bienes personales á la mujer, si está reconocida por aquella á quien se opone, tiene entre ella y los que la suscribieron, aun después de la separación de cuerpos y de bienes, la misma fe que el acta auténtica.» Se ha inducido de la ley que la mujer es el legatario de su marido para todas las actas hechas por él. (1) Esto no nos parece exacto; esto es colocar la cuestión en el terreno del art. 1,328; mientras que el Ministro de Justicia decía con razón que la mujer es *parte* en el acta, lo que excluye la idea de *legatario* tanto como la de *tercero*; la mujer es más que legataria, es parte; presumida, dice el Ministro, porque en realidad no figura en el acta, pero está como si hubiese hablado con el marido cuando acepta la comunidad. La Corte de Casación de Francia se pronunció también en este sentido: La mujer, dice, cuando *acepta* no es un *tercero*. (2) ¿Qué es, pues? ¿Legatario? Nó, pues al aceptar se vuelve parte en el contrato.

115. La ley de 1850 es especial como todas las leyes interpretativas, puesto que fué promulgada en vista de una dificultad especial acerca de la cual la Corte de Casación se encontró en desacuerdo con las cortes de Lieja y de Gante. Esta sólo habla de una acta hecha por el marido como administrador de los bienes de la mujer; se entiende que se aplica á toda clase de actas que hace con esa cualidad el marido, siendo idéntico el motivo para decidir. ¿Qué debe decirse de las actas que conciernen á la comunidad y que el marido hace como jefe? En nuestra opinión, que es también la del Ministro de Justicia, el art. 1,322 contesta á la cuestión: es decir, que siendo la mujer parte en el acta, la fecha

1 Discurso del Procurador General Leclercq (*Pasicrisia*, 1870, 1, IX) y las sentencias de Bruselas y de Lieja citadas en la nota.
2 Denegada, 13 de Marzo de 1854 (Dalloz, 1854, 1, 100).

hace fe para con ella como la hace para con el marido signatario. La jurisprudencia de las cortes de Lieja y de Bruselas está en este sentido, pero no nos gustan los motivos que éstas dan. La Corte de Bruselas invoca la teoría del mandato; el marido, dice, administrador legal de la comunidad, debe ser considerado, con relación á los derechos de la mujer en los bienes comunes, como su mandatario legal, y es de regla que el acta firmada por el mandatario hace fe de su fecha contra el mandante. (1) Esto es confundir la administracion de la comunidad con la administración de los bienes de la mujer: en cuanto á estos últimos el marido es administrador mandatario; en cuanto á los bienes comunes el marido administrador es señor y dueño y la mujer está como si concurriera á todos sus actos cuando acepta; no es, pues, mandante, es copropietaria y parte. La Corte de Lieja dice que la ley de 1850, relativa á las actas hechas por el marido como administrador de los bienes de la mujer, debe ser aplicada con más razón cuando se trata de actas relativas á la comunidad, puesto que el marido tiene en estos bienes derechos mucho más extensos que en los bienes personales de la mujer. (2) Esta no es buena razón: no se trata de los poderes del marido sino del papel que desempeña la mujer en el acta: ¿Es mandante ó es copropietaria? Tal es la verdadera cuestión.

116. En el caso juzgado por la Corte de Lieja, la mujer separada de cuerpo y de bienes había concluido subsidiariamente á que el acta del marido que tenía fecha anterior á la disolución fuese declarado fraudulenta. La mujer está seguramente admitida á probar el fraude, á pesar de su aceptación á la comunidad, pues no se puede decir que concurre al fraude practicado contra ella. Pero la mujer demandante debe probar el fraude; en el caso su demanda

1 Bruselas, 29 de Enero de 1872 (*Pasicrisia*, 1872, 2, 116).
2 Lieja, 7 de Agosto de 1872 (*Pasicrisia*, 1872, 2, 387).

fué desechada porque sólo descansaba en simples alegaciones.

SECCION IV.—Del patrimonio propio de los dos esposos.

Artículo 1°.—De la influencia del régimen de la comunidad en el patrimonio propio de los esposos.

117. Se dice ordinariamente que los esposos, al casarse bajo el régimen de la comunidad, pierden el goce de sus propios bienes, cuyos frutos y productos entran en la comunidad legal. Esto sería de una manera absoluta si la comunidad fuera una persona civil propietaria y usufructuaria. En la opinión general que seguimos la comunidad no es otra cosa sino los esposos asociados; en este orden de ideas no puede decirse que los esposos pierdan el goce de sus bienes, puesto que continúan gozando de ellos como esposos comunes. Sin embargo, en lo que se refiere á la mujer, es verdad, en cierto sentido, que no tiene ya el goce de sus bienes; los aporta en dote á su marido, quien sólo dispone de estos bienes como señor y dueño. De ahí una consecuencia importante: No teniendo ya la mujer derecho de disponer de los frutos y productos de sus bienes, no puede comprometerlos por las obligaciones que contrae con autorización de justicia; asimismo los acreedores anteriores al matrimonio no tienen ya acción en el goce de los bienes de su deudora cuando las deudas no tienen fecha cierta de su anterioridad. Transladamos á lo que fué dicho acerca de la composición del activo de la comunidad.

118. El marido conserva el goce de sus bienes y adquiere el de los bienes de la mujer. Nada hay cambiado en sus derechos á su patrimonio. Sin embargo, hay una excepción importante á este principio, es que toda deuda de la comunidad se hace deuda del marido. Cuando se trata de sus propias deudas es bastante natural que las deudas de comunidad se hagan deudas del marido. Para decir mejor, sería difícil distinguir dos personas en el marido y distinguir dos patrimonios. Cuando se trata de actas á título oneroso el marido es señor y dueño de los bienes comunes, como es propietario exclusivo de sus bienes personales. Estos dos patrimonios haciendo sólo uno en lo que se refiere al derecho de disponer de los bienes, resulta que desde que uno de los patrimonios está obligado el otro lo está también. Luego poco importa en qué calidad contrae el marido, compromete todos sus bienes; y sus bienes son los de la comunidad y los que le son propios. Esto es natural y fundado en la razón; tiene los beneficios de la comunidad como señor y dueño, debe también téner los cargos.

La consecuencia es mucho más grave cuando se trata de las deudas de la mujer. Si las deudas fueron contraídas durante la comunidad no puede quejarse el marido, pues la mujer no puede obligar á la comunidad ni los bienes del marido sin autorización marital, y el marido está libre para no dársela. Pero las deudas mobiliares de la mujer anteriores al matrimonio entran en el pasivo de la comunidad y, por consiguiente, los acreedores pueden perseguir al marido en sus bienes personales. En este sentido se decía en el derecho antiguo: *quien se casa con la mujer se casa con sus deudas.* El marido sólo tiene un medio de ponerse al abrigo de este peligro, es estipular la separación de las deudas. Se dice que á este respecto hay desigualdad entre el marido y la mujer: el marido está obligado en sus bienes personales por las deudas de la mujer, mientras que ésta no está obligada en los suyos por las deudas del marido. Esto es verdad. Pero la mujer se casa también con las deudas del marido en este sentido, que si tiene deudas desconocidas, éstas gravan á la comunidad; la fortuna mueble de la mujer estará perdida y sus bienes servirán para pagar las deudas

fué desechada porque sólo descansaba en simples alegaciones.

SECCION IV.—Del patrimonio propio de los dos esposos.

Artículo 1°.—De la influencia del régimen de la comunidad en el patrimonio propio de los esposos.

117. Se dice ordinariamente que los esposos, al casarse bajo el régimen de la comunidad, pierden el goce de sus propios bienes, cuyos frutos y productos entran en la comunidad legal. Esto sería de una manera absoluta si la comunidad fuera una persona civil propietaria y usufructuaria. En la opinión general que seguimos la comunidad no es otra cosa sino los esposos asociados; en este orden de ideas no puede decirse que los esposos pierdan el goce de sus bienes, puesto que continúan gozando de ellos como esposos comunes. Sin embargo, en lo que se refiere á la mujer, es verdad, en cierto sentido, que no tiene ya el goce de sus bienes; los aporta en dote á su marido, quien sólo dispone de estos bienes como señor y dueño. De ahí una consecuencia importante: No teniendo ya la mujer derecho de disponer de los frutos y productos de sus bienes, no puede comprometerlos por las obligaciones que contrae con autorización de justicia; asimismo los acreedores anteriores al matrimonio no tienen ya acción en el goce de los bienes de su deudora cuando las deudas no tienen fecha cierta de su anterioridad. Transladamos á lo que fué dicho acerca de la composición del activo de la comunidad.

118. El marido conserva el goce de sus bienes y adquiere el de los bienes de la mujer. Nada hay cambiado en sus derechos á su patrimonio. Sin embargo, hay una excepción importante á este principio, es que toda deuda de la comunidad se hace deuda del marido. Cuando se trata de sus propias deudas es bastante natural que las deudas de comunidad se hagan deudas del marido. Para decir mejor, sería difícil distinguir dos personas en el marido y distinguir dos patrimonios. Cuando se trata de actas á título oneroso el marido es señor y dueño de los bienes comunes, como es propietario exclusivo de sus bienes personales. Estos dos patrimonios haciendo sólo uno en lo que se refiere al derecho de disponer de los bienes, resulta que desde que uno de los patrimonios está obligado el otro lo está también. Luego poco importa en qué calidad contrae el marido, compromete todos sus bienes; y sus bienes son los de la comunidad y los que le son propios. Esto es natural y fundado en la razón; tiene los beneficios de la comunidad como señor y dueño, debe también téner los cargos.

La consecuencia es mucho más grave cuando se trata de las deudas de la mujer. Si las deudas fueron contraídas durante la comunidad no puede quejarse el marido, pues la mujer no puede obligar á la comunidad ni los bienes del marido sin autorización marital, y el marido está libre para no dársela. Pero las deudas mobiliares de la mujer anteriores al matrimonio entran en el pasivo de la comunidad y, por consiguiente, los acreedores pueden perseguir al marido en sus bienes personales. En este sentido se decía en el derecho antiguo: *quien se casa con la mujer se casa con sus deudas.* El marido sólo tiene un medio de ponerse al abrigo de este peligro, es estipular la separación de las deudas. Se dice que á este respecto hay desigualdad entre el marido y la mujer: el marido está obligado en sus bienes personales por las deudas de la mujer, mientras que ésta no está obligada en los suyos por las deudas del marido. Esto es verdad. Pero la mujer se casa también con las deudas del marido en este sentido, que si tiene deudas desconocidas, éstas gravan á la comunidad; la fortuna mueble de la mujer estará perdida y sus bienes servirán para pagar las deudas

del marido. Por esto es que en el derecho antiguo la cláusula de separación de deudas era de estilo en cualquier contrato de matrimonio. Este es el único remedio al mal. El remedio testifica contra la organización tradicional de la comunidad; reduciéndola á las gananciales se evitan las desigualdades y todos los peligros.

119. Ya hemos hecho notar que el principio que toda deuda de la comunidad es deuda del marido sólo es verdad de un modo absoluto para los acreedores. Entre esposos, cuando se trata de la contribución, cada uno soporta las deudas que le son propias, es decir, las que fueron contraídas por personal interés. La ley lo dice para las deudas anteriores al matrimonio, así como para aquellas que se contraen durante la comunidad. Esta restricción se aplica aun á las deudas del marido, en este sentido, que si el marido paga de sus bienes personales una deuda que contrajo y que debe ser soportada por la comunidad, tendrá derecho á una indemnización, pues la comunidad se habrá enriquecido á sus expensas habiendo pagado el marido una deuda que la comunidad debía pagar y soportar.

120. El régimen de la comunidad tiene una consecuencia particular á la mujer, ésta pierde la administración de sus bienes: según el art. 1,428, el marido es el administrador de todos los bienes personales de la mujer.

Artículo 2. De la administración de los bienes de la mujer.

§ I.—Nociones generales.

121. ¿Por qué tiene el marido la administración de los bienes personales de la mujer aunque éstos no entren en la comunidad? Es porque la comunidad tiene el goce de ellos, y es natural que quien goce administre. Nadie es más interesado á administrar como aquel que aprovecha de la gestión. Con este título, la administración de los bienes de la

mujer debía pertenecer al marido: esto es menos un derecho que un cargo; y es justo que el cargo incumba á quien tiene el beneficio. En fin, si la ley hubiera separado la administración y el goce, hubiera creado conflictos diarios entre el administrador y el usufructuario; conflictos que evita confiando la administración á aquel que tiene el goce. (1)

122. Se ha pretendido que la admistración de los bienes de la mujer había sido dada al marido por razón del poder marital. (2) Si así fuera la administración legal del marido sería de orden público, y los esposos no podrían derogarla por sus convenciones matrimoniales. En verdad el poder marital está fuera de causa. Lo que lo prueba es que la ley permite á los esposos estipular que la mujer tendrá la administración y el goce de sus bienes (art. 1,536). Esto es de derecho, bajo el régimen dotal, para los bienes parafernales (art. 1,576). La mujer puede también, bajo el régimen de la comunidad, reservarse la administración de sus bienes; con más razón puede estipular que recibirá anualmente, contra simples recibos suyos, una parte de sus rentas para sus necesidades personales. La ley autoriza esta cláusula bajo el régimen exclusive de la comunidad (art. 1,534); hay identidad de razones para permitirla bajo el régimen de la comunidad, pues bajo ambos regímenes el marido tiene la administración y el goce de los bienes de la mujer.

La consecuencia de esta cláusula es que la suma reservada á la mujer le es propia y que el marido no tiene en ella ningún derecho. Una mujer estipula que en la suma de 5,000 francos de renta que sus padres le constituyeron en dote, se reserva el derecho de percibir cada año una suma de 1,500 francos para su tocador y obras de caridad. La mujer se vió precisada á abandonar el domicilio conyugal por razón de ultrajes de que la colmaba su marido: estos ultrajes de-

1 Mourlón, *Repeticiones*, t. III, pág. 57, núm. 138.
2 Troplong, t. I, pág. 300, núms. 973-976.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

bieron producir escándalos tan dolorosos que no titubeó en pedir la separación de los cuerpos; ésta fué pronunciada siete años más tarde. En este intervalo la mujer no recibió ningún auxilio de su marido; éste se apropió, á pesar de las reclamaciones de su padre político, los 1,500 francos que sólo su mujer tenía derecho de percibir y que eran su propiedad personal. Cuando la liquidación de la comunidad, la mujer reclamó la restitución de las sumas que le pertenecían ó las que el marido se había indebidamente abrogado. El marido opuso que todas las rentas de la mujer le pertenecían, puesto que todas caían en el activo de la comunidad, según los términos del art. 1,401. Esto era olvidar que el contrato de matrimonio había derogado el derecho común. El marido se prevaleció también de los arts. 1,539 y 1,578, que bajo el régimen de separación y bajo el régimen dotal libertan al marido de la obligación de dar cuenta de su gestión que la mujer le dió en sus bienes personales. Basta leer estas disposiciones para convencerse que no eran aplicables al caso. Suponen la existencia de un mandato expreso ó tácito que la mujer da al marido cuando la vida es común y que las relaciones entre esposos son las que deben ser. ¿Acaso la mujer obligada á abandonar el domicilio conyugal por los ultrajes del marido puede dar á éste un mandato de confianza? (1)

123. El art. 1,401 permite á los donantes excluir de la comunidad los efectos muebles dados por ellos á los esposos. ¿Pueden también reservar al donatario la administración y goce de los bienes que están estipulados propios? Ya hemos encontrado varias veces esta cuestión y la hemos decidido afirmativamente conforme con la opinión general (2) Nos queda completar la jurisprudencia acerca de esta cuestión.

Una madre lega á su hija la porción disponible de sus bienes para gozar de ella contra simples recibos suyos, sin

1 Denegada, Sala Civil, 16 de Abril de 1867 (Dalloz, 1867, 1, 221).
2 Véase el t. XI de estos *Principios*, núm. 447, y el t. XXI, núm. 75.

que el marido pueda inmiscuirse en la administración de esta parte de su fortuna. Fué sentenciado que esta cláusula es válida, no ligándose esencialmente la administración de los bienes personales de la mujer con el poder marital ni con la comunidad. La Corte de París confiesa que si se trataba de la reserva la cláusula litigiosa sería nula, porque los bienes reservados pertenecen necesariamente al esposo y, por consiguiente, á la comunidad. Transladamos acerca de este punto á lo que fué dicho de la reserva. En cuanto á los bienes disponibles, el padre y la madre conservan su libre disposición y pueden disponer de ellos bajo la condición que gusten siempre que ésta no sea contraria al orden público y á las buenas costumbres; y el art. 1,401 prueba que los donantes conservan en este punto la plenitud de sus derechos. (1)

La Corte de París ha mantenido su jurisprudencia en un caso en el cual había alguna duda: habiendo la mujer desertado del domicilio conyugal. Pero la Corte juzgó muy bien que este hecho nada tenía de común con los derechos de la mujer en sus bienes. El marido puede obligar á la mujer á volver al domicilio conyugal por las vías de derecho, pero no puede apoderarse de las rentas que no le pertenecen. (2)

124. ¿Hay otras excepciones al poder de administración que la ley confiere al marido? Se enseña que la mujer comerciante tiene el derecho de girar su comercio, sin que el marido pueda intervenir en su administración. Esto es seguro, pero ¿es esta una excepción al derecho común? El marido, al autorizar á su mujer para que comercie, la autoriza por este mismo hecho para hacer todos los actos que se refieren á su negocio (art. 220): ¿con qué derecho intervendría? Se enseña también, como aplicación del principio

1 París, 27 de Enero de 1835 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 786).
2 París, 27 de Agosto de 1835 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 787).

relativo á la mujer comerciante, que la mujer actriz tiene el derecho de administrar su sueldo en cuanto es necesario para su arte; hay una sentencia en este sentido de la Corte de París. (1) La cosa nos parece dudosa: el sueldo de la mujer es un producto de su trabajo que entra en la comunidad y se vuelve propiedad del marido. ¿Cómo pudiera tener la mujer el derecho de administrar lo que no le pertenece?

§ II.—De los poderes del marido.

Núm. 1. Principio.

125. El art. 1,428 dice que el marido tiene la *administración* de todos los bienes personales de la mujer, y el artículo 1,421 dice que el marido *administra* los bienes de la comunidad. Así, la ley se vale del mismo término para marcar los derechos del marido en la comunidad y los derechos del marido en los bienes personales de la mujer. Hay, sin embargo, una diferencia capital entre estas dos situaciones. El marido es mucho más que administrador de los bienes de la comunidad, es señor y dueño de ellos en lo que se refiere á los actos de disposición á título oneroso; el mismo artículo que dice que el marido administra los bienes comunes agrega que él puede venderlos, enajenarlos é hipotecarlos sin el concurso de la mujer.

Pasa muy distintamente con el marido administrador legal de los bienes de la mujer: administra bienes que no le pertenecen, es, pues, administrador como lo es el tutor; así, el art. 1,428 agrega que el marido no puede enajenar los inmuebles de la mujer sin su consentimiento, y lo que dice la ley de los inmuebles es también verdad para los muebles, como lo diremos más adelante. El mismo art. 1,428 da al

1 Troplong, t. I, pág. 301, núm. 979. París, 27 de Noviembre de 1819 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 1,288, II).

marido el derecho de ejercer las acciones mobiliares y posesorias que pertenecen á la mujer, lo que implica que no tiene derecho de ejercer las acciones inmobiliares; mientras que el marido administrador de la comunidad tiene todas las acciones. En fin, el art. 1,428 declara al marido responsable por su gestión; el marido no es responsable como jefe de la comunidad. En definitiva, la ley aplica al marido administrador de los bienes de la mujer los principios que rigen á los administradores de los bienes ajenos: tiene un poder de administración, no tiene derecho de disposición. Cuando decimos que el marido tiene un poder de administración entendemos que tiene un cargo que es á la vez un derecho para él, á diferencia del tutor que sólo tiene un cargo. En efecto, el marido aprovecha de su administración, puesto que él tiene el goce de los bienes que administra. Pero no se ve en nuestros textos que esta diferencia influya en los derechos que la ley confiere al marido en calidad de administrador. El Código sigue el mismo principio en los diversos casos en los que organiza una administración legal de los bienes ajenos, aunque los administradores tengan muy diversa situación: los empleados en posesión provisional de los bienes de un ausente sólo tienen un derecho de administración (art. 125); así como el marido no puede hacer ningún acto de disposición (art. 128); sin embargo, administran bienes que, según toda probabilidad, les pertenecen á título de herederos presuntos. El tutor administra bienes en los que no tiene ningún derecho, ni siquiera un derecho limitado de goce, como el de los empleados en posesión; sin embargo, sus derechos son, en general, los mismos que los de los empleados en posesión, aunque éstos tengan un derecho de goce. Cuanto al marido, es á la vez administrador y usufructuario: como usufructuario tiene derechos que no puede tener el tutor que no tiene el goce; pero como administrador su posición es la misma.

relativo á la mujer comerciante, que la mujer actriz tiene el derecho de administrar su sueldo en cuanto es necesario para su arte; hay una sentencia en este sentido de la Corte de París. (1) La cosa nos parece dudosa: el sueldo de la mujer es un producto de su trabajo que entra en la comunidad y se vuelve propiedad del marido. ¿Cómo pudiera tener la mujer el derecho de administrar lo que no le pertenece?

§ II.—De los poderes del marido.

Núm. 1. Principio.

125. El art. 1,428 dice que el marido tiene la *administración* de todos los bienes personales de la mujer, y el artículo 1,421 dice que el marido *administra* los bienes de la comunidad. Así, la ley se vale del mismo término para marcar los derechos del marido en la comunidad y los derechos del marido en los bienes personales de la mujer. Hay, sin embargo, una diferencia capital entre estas dos situaciones. El marido es mucho más que administrador de los bienes de la comunidad, es señor y dueño de ellos en lo que se refiere á los actos de disposición á título oneroso; el mismo artículo que dice que el marido administra los bienes comunes agrega que él puede venderlos, enajenarlos é hipotecarlos sin el concurso de la mujer.

Pasa muy distintamente con el marido administrador legal de los bienes de la mujer: administra bienes que no le pertenecen, es, pues, administrador como lo es el tutor; así, el art. 1,428 agrega que el marido no puede enajenar los inmuebles de la mujer sin su consentimiento, y lo que dice la ley de los inmuebles es también verdad para los muebles, como lo diremos más adelante. El mismo art. 1,428 da al

1 Troplong, t. I, pág. 301, núm. 979. París, 27 de Noviembre de 1819 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 1,288, II).

marido el derecho de ejercer las acciones mobiliares y posesorias que pertenecen á la mujer, lo que implica que no tiene derecho de ejercer las acciones inmobiliares; mientras que el marido administrador de la comunidad tiene todas las acciones. En fin, el art. 1,428 declara al marido responsable por su gestión; el marido no es responsable como jefe de la comunidad. En definitiva, la ley aplica al marido administrador de los bienes de la mujer los principios que rigen á los administradores de los bienes ajenos: tiene un poder de administración, no tiene derecho de disposición. Cuando decimos que el marido tiene un poder de administración entendemos que tiene un cargo que es á la vez un derecho para él, á diferencia del tutor que sólo tiene un cargo. En efecto, el marido aprovecha de su administración, puesto que él tiene el goce de los bienes que administra. Pero no se ve en nuestros textos que esta diferencia influya en los derechos que la ley confiere al marido en calidad de administrador. El Código sigue el mismo principio en los diversos casos en los que organiza una administración legal de los bienes ajenos, aunque los administradores tengan muy diversa situación: los empleados en posesión provisional de los bienes de un ausente sólo tienen un derecho de administración (art. 125); así como el marido no puede hacer ningún acto de disposición (art. 128); sin embargo, administran bienes que, según toda probabilidad, les pertenecen á título de herederos presuntos. El tutor administra bienes en los que no tiene ningún derecho, ni siquiera un derecho limitado de goce, como el de los empleados en posesión; sin embargo, sus derechos son, en general, los mismos que los de los empleados en posesión, aunque éstos tengan un derecho de goce. Cuanto al marido, es á la vez administrador y usufructuario: como usufructuario tiene derechos que no puede tener el tutor que no tiene el goce; pero como administrador su posición es la misma.

126. Siendo el marido administrador de bienes ajenos es por esto mismo responsable de su gestión. Se le debe aplicar, por vía de analogía, el art. 450, que dice del tutor que administra los bienes del menor como buen padre de familia y que responde de los daños y perjuicios que pudieran resultar de una mala gestión. El art. 1,428 no reproduce el principio, la obligación de gestionar como buen padre de familia, pero consagra la consecuencia declarando al marido responsable del daño que causa á la mujer por falta de actos conservatorios. Como la ley sólo prevee un caso de responsabilidad se pudiera creer que éste es el único. Esto sería raciocinar muy mal. La ley sólo aplica un principio general y debe hacerse su aplicación á todos los casos que pueden presentarse. No hay ninguna razón para limitar á un caso especial la responsabilidad del marido.

La jurisprudencia está en este sentido. Una dote de 30,000 francos fué constituída á la mujer; quedó por pagarse de 7 á 8,000 francos cuando la madre obtuvo una sentencia de separación de bienes: el acto de liquidación puso el saldo de la dote á cargo del padre, el cual era insolvente. De ahí la cuestión de saber si el marido era responsable de la pérdida de la dote. Este caso no entraba en el texto del art. 1,428, esto no era el menoscabo de un bien, era negligencia en haberlo reclamado; el marido tenía alguna culpa, la madre era solvente durante todo el tiempo que duró la comunidad; el marido debía, pues, haber pedido el pago de la dote: habiendo ésta perecido por negligencia debía reparar la consecuencia de su falta. (1)

Sin embargo, los principios de la comunidad hacen una notable restricción al derecho de la mujer. Supongamos que el marido esté condenado á 10,000 francos por daños y perjuicios por razón de su mala gestión. ¿Podrá la mujer reclamar la suma íntegra contra su marido? Sí, cuando renuncie á la comunidad; nó, si la acepta. Si acepta debe soportar la mitad de las deudas que componen el pasivo. Y los daños y perjuicios que debe pagar el marido son deudas de la comunidad, puesto que toda deuda del marido lo es de la comunidad; la mujer soportará, pues, la mitad. A primera vista este resultado parece ser muy injusto y se está tentado en creer que el marido debe toda la deuda, puesto que procede de una culpa que le es personal. Pero no basta una falta para que el marido esté obligado á compensación, se necesitaría que la culpa fuese un delito ó que el marido haya sacado de ella un provecho personal; fuera de esto la comunidad debe soportar las deudas del marido. (1) Se podría aún contestar que la mujer renunciante tenga un derecho contra su marido por el punto de la administración de sus bienes; volveremos á esta cuestión.

1 Denegada, Sala Civil, 19 de Enero de 1863 (Dalloz, 1863, 1, 86).

127. El principio es, pues, que el marido, como administrador de los bienes de la mujer, tiene todos los derechos que pertenecen á cualquier administrador de bienes ajenos. Se pregunta si la mujer puede extender los poderes que la ley da al marido en sus bienes. A la verdad, no es la ley la que se los da, le vienen de la convención tácita que hacen los esposos al casarse sin contrato. Y los esposos tienen libertad para derogar á la comunidad legal y hacer tales convenciones que les plazcan. La mujer es propietaria; puede, pues, dar á su marido el poder para hacer actos de disposición. (2) Este es un mandato regido por el derecho común.

Según el art. 1,988 «el mandato concebido en términos generales no abroga sino á los actos de administración. Si se trata de enajenar ó hipotecar, ó algún otro acto de propiedad, el mandato debe ser expreso.» ¿Se aplica este principio al mandato que la mujer da al marido? No puede tratar-

1 Colmet de Sauterre, t. VI, pág. 175, núm. 71 *bis* XXIII.
2 Grenoble, 28 de Enero de 1852 (Dalloz, 1852, 2, 14).

se de un mandato de administración, puesto que el marido es de derecho administrador. Esto no impide que el poder que la mujer quiere dar á su marido para hacer actos de disposición deba ser expreso. ¿Debe concluirse que este poder no puede ser general? Esto sería sobrepasar el artículo 1,988; todo cuanto exige es que el poder sea expreso, y un poder general puede ser expreso en el sentido de la ley; es decir, que puede conferir al marido el poder de enajenar é hipotecar todos los bienes de la mujer. La Corte de Casación parece asimilar el poder general del art. 1,988 y la autorización general del art. 223. Si tal es su mente se equivoca. El art. 223 prohibe al marido el dar á su mujer una autorización general para disponer de sus bienes, porque semejante autorización sería una abdicación del poder marital. Esto nada tiene de común con el mandato que la mujer diera á su marido. Ningún texto, ningún principio, se opone á que este mandato sea general, siempre que sea expreso.

Una mujer da poder á su marido con efecto de obligarlo al pago de deudas anteriormente contraídas por él. ¿Es expreso este poder en el sentido del art. 1,988? Nó, pues el acta no especifica las deudas ni su importancia, dice la Corte de Casación; de donde concluye que el mandato sólo se refería á los actos de administración. (1) Dudamos que tal sea el sentido del art. 1988; no exige que el mandato pormenorice y especifique los actos que debe hacer el mandatario, quiere que el mandato sea *expreso* en este sentido, que el mandante declare dar poder para hacer actos de disposición. La mujer podrá, pues, dar al marido mandato de vender é hipotecar todos sus bienes; este mandato sería *expreso*, aunque general. Otra sentencia pronunciada en un caso idéntico cita al art. 223; lo que implica que la Corte pone al poder general en la misma línea que la autorización general. (1) Esto es confundir dos órdenes de ideas distintas; el marido abdicaría su poder marital por una autorización general para disponer; mientras que la mujer no tiene poder, sólo es propietaria; con este título puede dar mandato tan extenso como le convenga, siempre que diga que abarca los actos de disposición. En consecuencia podría dar al marido el poder de obligarla indefinidamente, sin que deba indicar la naturaleza y el monto de las deudas. La ley se conforma con un mandato *expreso*, la Corte exige un mandato especial: esto es sobrepujar la ley.

1 Denegada, 19 de Mayo de 1840 (Dalloz, en la palabra *Mandato*, núm. 87).

Núm. 2. De los actos de conservación.

128. Es de principio que el administrador de bienes ajenos pueda hacer cualquier acto de conservación; esto es más que un derecho, es un deber, pues su primera obligación es cuidar de la conservación de los bienes que está encargado de administrar. El art. 1,428 lo declara responsable por el desmejoramiento de los bienes de la mujer causado por falta de actos conservatorios. De esto sigue que hacer estos actos es para el marido una obligación, lo que implica el derecho de hacerlo.

129. ¿Cuáles son los actos conservatorios que el marido tiene la obligación de hacer? Son primero las reposiciones. El art. 1,409 pone á cargo de la comunidad las reposiciones usufructuarias de los inmuebles de la mujer. El marido está, pues, obligado á hacerlos con doble título como jefe de la camunidad, puesto que esto es una deuda de la comunidad, y como administrador legal de los bienes de la mujer, puesto que las reposiciones son actos esencialmente conservatorios. En cuanto á las grandes reparaciones la mujer debe soportarlas, pero al marido toca hacerlas, pues estas reparaciones son un acto de conservación ya que impiden la ruina de la construcción.

1 Casación, 18 de Junio de 1844 (Dalloz, en la palabra *Mandato*, núm. 88).

se de un mandato de administración, puesto que el marido es de derecho administrador. Esto no impide que el poder que la mujer quiere dar á su marido para hacer actos de disposición deba ser expreso. ¿Debe concluirse que este poder no puede ser general? Esto sería sobrepasar el artículo 1,988; todo cuanto exige es que el poder sea expreso, y un poder general puede ser expreso en el sentido de la ley; es decir, que puede conferir al marido el poder de enajenar é hipotecar todos los bienes de la mujer. La Corte de Casación parece asimilar el poder general del art. 1,988 y la autorización general del art. 223. Si tal es su mente se equivoca. El art. 223 prohibe al marido el dar á su mujer una autorización general para disponer de sus bienes, porque semejante autorización sería una abdicación del poder marital. Esto nada tiene de común con el mandato que la mujer diera á su marido. Ningún texto, ningún principio, se opone á que este mandato sea general, siempre que sea expreso.

Una mujer da poder á su marido con efecto de obligarlo al pago de deudas anteriormente contraídas por él. ¿Es expreso este poder en el sentido del art. 1,988? Nó, pues el acta no especifica las deudas ni su importancia, dice la Corte de Casación; de donde concluye que el mandato sólo se refería á los actos de administración. (1) Dudamos que tal sea el sentido del art. 1988; no exige que el mandato pormenorice y especifique los actos que debe hacer el mandatario, quiere que el mandato sea *expreso* en este sentido, que el mandante declare dar poder para hacer actos de disposición. La mujer podrá, pues, dar al marido mandato de vender é hipotecar todos sus bienes; este mandato sería *expreso*, aunque general. Otra sentencia pronunciada en un caso idéntico cita al art. 223; lo que implica que la Corte pone al poder general en la misma línea que la autorización general. (1) Esto es confundir dos órdenes de ideas distintas; el marido abdicaría su poder marital por una autorización general para disponer; mientras que la mujer no tiene poder, sólo es propietaria; con este título puede dar mandato tan extenso como le convenga, siempre que diga que abarca los actos de disposición. En consecuencia podría dar al marido el poder de obligarla indefinidamente, sin que deba indicar la naturaleza y el monto de las deudas. La ley se conforma con un mandato *expreso*, la Corte exige un mandato especial: esto es sobrepujar la ley.

1 Denegada, 19 de Mayo de 1840 (Dalloz, en la palabra *Mandato*, núm. 87).

Núm. 2. De los actos de conservación.

128. Es de principio que el administrador de bienes ajenos pueda hacer cualquier acto de conservación; esto es más que un derecho, es un deber, pues su primera obligación es cuidar de la conservación de los bienes que está encargado de administrar. El art. 1,428 lo declara responsable por el desmejoramiento de los bienes de la mujer causado por falta de actos conservatorios. De esto sigue que hacer estos actos es para el marido una obligación, lo que implica el derecho de hacerlo.

129. ¿Cuáles son los actos conservatorios que el marido tiene la obligación de hacer? Son primero las reposiciones. El art. 1,409 pone á cargo de la comunidad las reposiciones usufructuarias de los inmuebles de la mujer. El marido está, pues, obligado á hacerlos con doble título como jefe de la camunidad, puesto que esto es una deuda de la comunidad, y como administrador legal de los bienes de la mujer, puesto que las reposiciones son actos esencialmente conservatorios. En cuanto á las grandes reparaciones la mujer debe soportarlas, pero al marido toca hacerlas, pues estas reparaciones son un acto de conservación ya que impiden la ruina de la construcción.

1 Casación, 18 de Junio de 1844 (Dalloz, en la palabra *Mandato*, núm. 88).

Se supone que la casa cae en ruina; no hay ya reparaciones que la puedan salvar. Se pregunta si el marido tiene como administrador el derecho de reconstruirla. La negativa ha sido sentenciada por la Corte de París y está segura. Reconstruir no es un acto de conservación; pudiera ser un acto de administración análogo á la compra de un inmueble, lo que es la mejor colocación de fondos economizados. Pero, bajo el régimen de la comunidad, la mujer no tiene economías que colocar, puesto que todas sus rentas pertenecen al marido. La reconstrucción sólo pudiera, pues, hacerse con los capitales de la mujer; y el marido no tiene el derecho de disponer de ellos, necesita del consentimiento de la mujer; el marido puede enajenar los inmuebles de la mujer con su consentimiento, dice el art. 1,428; por la misma razón puede disponer de sus capitales para reconstruir, si la mujer lo consiente. Este consentimiento puede ser tácito, es el derecho común. La Corte de París ha resuelto que la mujer consiente cuando concurre á los trabajos con su marido, ya sea para dar órdenes al arquitecto y obreros, ya sea para dirigir y vigilar los trabajos. (1)

130. La interrupción de la prescripción es también un acto de conservación, puesto que los derechos perecen cuando la prescripción no se interrumpe. En el título de la *Prescripción* diremos cómo se hace la interrupción. No hay ninguna dificultad cuando se trata de un derecho mueble; el marido tiene derecho de perseguir al deudor. El art. 1,428 le da también derecho para intentar las acciones posesorias; sería responsable, por consiguiente, si por falta de promoción al posesorio la mujer perdiera la ventaja ligada á la posesión. Pero el marido no tiene el derecho de intentar las acciones inmobiliares (núm. 50). No sería, pues, responsable por no haber perseguido á los detentadores de los in-

1 París, 4 de Enero de 1842, y Casacion, 14 de Junio de 1820 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 1,303).

muebles; sólo que en calidad de usufructuario está sometido á la obligación establecida por el art. 604; debe avisar á la mujer que sus inmuebles están poseídos por terceros y que es necesario promover para evitar la prescripción. Si no lo hiciera faltaría á una obligación legal, si no como administrador cuando menos como usufructuario; pero poco importa, puesto que la responsabilidad es la misma. Esta es una restricción al poder del marido como jefe de la comunidad; no es responsable con este título, se pudiera decir que tiene el goce de los bienes de la mujer como jefe. El texto del artículo 1,409 contesta á esta duda. El marido está obligado á hacer las reposiciones usufructuarias y es responsable si no las hace. Hay igual razón para decidir para las obligaciones que el art. 614 impone á todo usufructuario; este es un acto de conservación tanto como las reparaciones usufructuarias.

Núm. 3. Cobro de los créditos.

131. Perseguir el cobro de los créditos y recibir el monto de ellos es también un acto que pueden hacer los administradores. Si la ley permite sólo á los menores emancipados recibir sus rentas y dar descargo de un capital mueble (arts. 481 y 482) esto es porque el menor emancipado está colocado entre los incapaces; todos los demás administradores pueden recibir el pago de los créditos; es por este motivo por el que la ley les da las acciones mobiliares. (1)

Resulta de esto que el marido tiene el derecho de recibir el precio de las ventas inmobiliares hechas por la mujer. El no tiene derecho para vender, porque la venta es un acto de disposición que sólo puede hacer el propietario. Una vez consumada la venta sólo queda una deuda mobiliar; el marido debe perseguir su cobro, luego sólo él tiene calidad

1 Aubry y Rau, t. V, pág. 344, nota 9, pfo. 510 (4.ª edición).

para recibirlo; los compradores no pueden entregar el dinero en manos de la mujer. Esta es la aplicación del art. 1,239, según el cual el pago debe ser hecho á quien la ley autoriza para percibir en nombre del acreedor. No es que necesariamente deba pasar el precio por la comunidad, como lo dice Troplong; (1) puede ser delegado en virtud del acta de venta á un acreedor de la mujer ó del marido. Se entiende que esta cláusula, así como la venta, sólo es válida con autorización del marido.

132. De que el marido puede percibir lo que se debe á la mujer hay que cuidarse de concluir que pueda obligar á la mujer por una cuenta cortada con el deudor. La Corte de Casación sienta en principio que el marido no puede obligar á la mujer hacia terceros, sin su expreso consentimiento. Esto es demasiado absoluto; el marido tiene el poder de administrar, y no es muy posible administrar sin obligarse; dando en arrendamiento bienes de la mujer, el marido se obliga y obliga á su mujer que está comprometida á ejecutar el arrendamiento aunque se disuelva la comunidad. Debe, pues, decirse que el marido sólo puede obligar á su mujer en los límites de los actos de administración que tiene derecho de hacer. Fuera de esto el marido no puede obligar á su mujer sin su consentimiento, puesto que fuera de estos límites el marido está sin poder. ¿Quiere esto decir, como lo hace la Corte de Casación, que se necesite el consentimiento expreso de la mujer? Esto sería una derogación al derecho común que asimila el consentimiento tácito al consentimiento expreso. Acabamos de decir que la Corte de París vió un consentimiento válido en el hecho de vigilar y de dirigir los trabajos, lo que no es un consentimiento expreso (núm. 129).

Es con estas restricciones como admitimos el principio formulado por la Corte de Casación. En el caso el marido

1 Troplong, t. I, pág. 303, núm. 993.

había recibido unas sumas debidas á su mujer; la mujer, por su lado, era deudora. Si el marido se hubiese limitado á recibir las sumas deduciendo lo que debía la mujer, hubiera quedado en su misión de administrar; pero el corte de cuenta conducía á constituir á la mujer en deudora; el marido obligaba, pues, á la mujer, y no lo hacía por un acto de administración; translimitábase, por consiguiente, de sus poderes. (1)

133. ¿Puede el marido recibir los créditos de la mujer cuando el contrato de matrimonio contiene cláusula de empleo ó de reemplazo? Hemos dicho al tratar de estas cláusulas que, en general, no tienen ningún efecto para con los terceros (t. XXI, núms. 387–389). De esto resulta que los terceros deben, apesar de la cláusula de reemplazo, pagar al marido, administrador legal. Pero la cláusula puede estar concebida de manera que tenga efecto para con los terceros; hay, en este caso, que conformarse con lo dispuesto en el contrato de matrimonio; los terceros no podrán ya pagar al marido sin el concurso de la mujer, si tal es el objeto de la cláusula. Esto es la aplicación del derecho común. Las convenciones matrimoniales pueden ser opuestas á los terceros y les aprovechan en el sentido de que los derechos de los esposos están determinados por el contrato de matrimonio; el contrato puede extender ó restringir los poderes del marido siempre que no esté contrario á las disposiciones prohibitivas del Código Civil. ¿Las cláusulas de reemplazo son válidas? Transladamos á lo que hemos dicho en otro lugar acerca de este punto. En nuestro concepto la afirmativa no es dudosa; ésta es la opinión de la mayor parte de los autores y está consagrada por la jurisprudencia. Esto decide la cuestión en lo que se refiere al derecho del marido para recibir los créditos de la mujer; este de-

1 Casación, 19 de Agosto de 1857 (Dalloz, 1857, 1, 339).

recho puede ser limitado con efecto para con los terceros. (1)

Núm. 4. De los arrendamientos.

I. Cuáles arrendamientos puede hacer el marido.

134. ¿Es el arrendamiento un acto de administración? Según el art. 1,429 el arrendamiento es un acto de administración cuando no pasa de nueve años; se le considera como acto de disposición cuando excede de este término. El Código aplica este principio á los arrendamientos hechos por el usufructuario (t. VI, 458-469), por el tutor (artículo 1,718) y por el menor emancipado (art. 481). Lo mismo sucede con los arrendamientos hechos por el marido administrador legal; puede hacer contratos de arrendamiento por nueve años, obligatorios para la mujer ó sus herederos cuando la disolución de la comunidad. Según el rigor de los principios el administrador, así como el usufructuario, no tiene derecho para obrar sino durante su gestión; desde que cesa su administración queda sin poder. La ley deroga este principio dando fuerza obligatoria, aún después de la disolución del matrimonio, á los contratos de arrendamiento que el marido ha hecho. Hemos dado la razón de esto al tratar del *Usufructo*. Está en el interés de la mujer que los bienes de los cuales el marido tiene la administración estén arrendados á locatarios cuidadosos, y cuando se trata de bienes rurales á cultivadores capaces. Y el marido no encontraría locatarios y cultivadores convenientes si el contrato debiera ser desconocido por la mujer ó sus herederos. ¿Qué resultaría? Que el marido no podría arrendar ó que arrendaría sólo con condiciones desventajosas. Su interés como usufructuario, y el de la mujer como propietaria, sufriría por ello; el mismo interés general estaría lesionado puesto que

1 Aubry y Rau, t. V, pág. 344 y notas 12 y 13, pfo. 510. En sentido contrario Troplong, t. I, pág. 327, núm. 1,085.

el desarrollo de la riqueza pública quedaría estorbado. Los principios de derecho debieron ceder ante tan potentes consideraciones. En consecuencia, los contratos de arrendamiento por nueve años son obligatorios para la mujer ó sus herederos. (1)

135. ¿Debe concluirse de esto que los contratos de arrendamiento que exceden de nueve años son nulos? El artículo 1,429 no lo dice, sólo establece en principio que dichos arrendamientos no son obligatorios para la mujer cuando la disolución del matrimonio, sino por un período de nueve años. ¿Por qué no puede hacer el marido arrendamientos por más de nueve años obligatorios para la mujer? Es porque un contrato por mayor término compromete el ejercicio del derecho de propiedad. La mujer ó sus herederos propietatios tienen el derecho de goce como les convenga, y si estuviesen ligados por un contrato de arrendamiento mayor de nueve años, pudieran encontrarse en la imposibilidad de gozar durante largos años, quizá durante toda su vida. Además, estaría estorbado su derecho de disposición; se venden difícilmente bienes gravados con largos arrendamientos ó se les vende en condiciones desfavorables; esto es también verdad para la hipoteca. Debe, pues, limitarse la duración de los arrendamientos que pueden hacer los administradores; ningún interés legítimo exige que pasen de la duración ordinaria de nueve años, y cuando pasan de este plazo comprometen el derecho de propiedad, y sería contrario á todos los principios que un simple administrador pudiese encadenar el derecho del propietario. Se dice ordinariamente que los largos arrendamientos hechos por el marido serían sospechosos de fraude; hacemos abstracción del fraude; el marido puede ser de muy buena fe contratando un arrendamiento á plazo largo, éste puede aun ser muy ven-

1 Durantón, t. XIV, pág. 422, núm. 310.

recho puede ser limitado con efecto para con los terceros. (1)

Núm. 4. De los arrendamientos.

I. Cuáles arrendamientos puede hacer el marido.

134. ¿Es el arrendamiento un acto de administración? Según el art. 1,429 el arrendamiento es un acto de administración cuando no pasa de nueve años; se le considera como acto de disposición cuando excede de este término. El Código aplica este principio á los arrendamientos hechos por el usufructuario (t. VI, 458-469), por el tutor (artículo 1,718) y por el menor emancipado (art. 481). Lo mismo sucede con los arrendamientos hechos por el marido administrador legal; puede hacer contratos de arrendamiento por nueve años, obligatorios para la mujer ó sus herederos cuando la disolución de la comunidad. Según el rigor de los principios el administrador, así como el usufructuario, no tiene derecho para obrar sino durante su gestión; desde que cesa su administración queda sin poder. La ley deroga este principio dando fuerza obligatoria, aún después de la disolución del matrimonio, á los contratos de arrendamiento que el marido ha hecho. Hemos dado la razón de esto al tratar del *Usufructo*. Está en el interés de la mujer que los bienes de los cuales el marido tiene la administración estén arrendados á locatarios cuidadosos, y cuando se trata de bienes rurales á cultivadores capaces. Y el marido no encontraría locatarios y cultivadores convenientes si el contrato debiera ser desconocido por la mujer ó sus herederos. ¿Qué resultaría? Que el marido no podría arrendar ó que arrendaría sólo con condiciones desventajosas. Su interés como usufructuario, y el de la mujer como propietaria, sufriría por ello; el mismo interés general estaría lesionado puesto que

1 Aubry y Rau, t. V, pág. 344 y notas 12 y 13, pfo. 510. En sentido contrario Troplong, t. I, pág. 327, núm. 1,085.

el desarrollo de la riqueza pública quedaría estorbado. Los principios de derecho debieron ceder ante tan potentes consideraciones. En consecuencia, los contratos de arrendamiento por nueve años son obligatorios para la mujer ó sus herederos. (1)

135. ¿Debe concluirse de esto que los contratos de arrendamiento que exceden de nueve años son nulos? El artículo 1,429 no lo dice, sólo establece en principio que dichos arrendamientos no son obligatorios para la mujer cuando la disolución del matrimonio, sino por un período de nueve años. ¿Por qué no puede hacer el marido arrendamientos por más de nueve años obligatorios para la mujer? Es porque un contrato por mayor término compromete el ejercicio del derecho de propiedad. La mujer ó sus herederos propietatios tienen el derecho de goce como les convenga, y si estuviesen ligados por un contrato de arrendamiento mayor de nueve años, pudieran encontrarse en la imposibilidad de gozar durante largos años, quizá durante toda su vida. Además, estaría estorbado su derecho de disposición; se venden difícilmente bienes gravados con largos arrendamientos ó se les vende en condiciones desfavorables; esto es también verdad para la hipoteca. Debe, pues, limitarse la duración de los arrendamientos que pueden hacer los administradores; ningún interés legítimo exige que pasen de la duración ordinaria de nueve años, y cuando pasan de este plazo comprometen el derecho de propiedad, y sería contrario á todos los principios que un simple administrador pudiese encadenar el derecho del propietario. Se dice ordinariamente que los largos arrendamientos hechos por el marido serían sospechosos de fraude; hacemos abstracción del fraude; el marido puede ser de muy buena fe contratando un arrendamiento á plazo largo, éste puede aun ser muy ven-

1 Durantón, t. XIV, pág. 422, núm. 310.

tajoso; así la ley no le impone nulidad como lo hiciera si presumiese fraude. Volveremos á ocuparnos de los arrendamientos hechos en fraude de la mujer. (1)

136. ¿Cuál es el efecto de los contratos de arrendamiento excediendo nueve años? El art. 1,429 dispone que, en caso de disolución de la comunidad, no son obligatorios para con la mujer sino por nueve años. Sólo es, pues, cuando la disolución de la comunidad como el arrendamiento está reducido al período de nueve años. Durante la comunidad la mujer no tiene ningún derecho ni ningún interés en quejarse del arrendamiento; no es ella la que goza, es el marido. Este nunca puede atacar el arrendamiento que ha consentido, y el arrendamiento está igualmente ligado. Así el arrendamiento se encuentra al abrigo de cualquier ataque mientras dura la comunidad. Es únicamente por interés de la mujer por lo que la ley limita la duración de los arrendamientos que puede hacer el marido. Y la mujer sólo tiene derecho cuando la disolución de la comunidad.

¿Cuál es el derecho de la mujer cuando la disolución de la comunidad? Se dice ordinariamente que el arrendamiento es nulo, pero la nulidad es relativa. Hay una sentencia de la Corte de Douai en este sentido. (2) Esto no es exacto. El art. 1,429 no dice que el arrendamiento es nulo y que la mujer puede pedir su nulidad; sólo le da derecho de pedir su reducción en nueve años. La ley divide el arrendamiento en períodos de nueve años según el uso; si en la disolución de la comunidad el arrendatario se encuentra todavía en el primer período de un arrendamiento de veintisiete años, la mujer está obligada á respetarlo por todo el tiempo que falta de dicho período; el arrendamiento se reduce, pues, si la mujer lo exige, pero no es nulo. Si el arrendatario se encuentra en el segundo período de nueve años ó en el tercero, tiene derecho de concluir el período en que se encuentra; el arrendatario está, pues, mantenido por el período de nueve años que está comenzado cuando la disolución de la comunidad; fuera de esto no es obligatorio para la mujer.

1 Mourlón, *Repeticiones*, t. III, pág. 60, núm. 148.
2 Douai, 18 de Marzo de 1852 (Dalloz, 1853, 2, 20).

El art. 1,429 se aplica á cualquier arrendamiento; si la ley habla del *cultivador* es porque los arrendamientos con largos plazos se hacen, sobre todo, para las fincas rurales. Si un arrendamiento urbano se hiciera por más de nueve años, se entiende que la ley le sería aplicable.

137. La aplicación de la ley da lugar á algunas dificultades que ya hemos examinado en el título del *Usufructo*. Si la mujer pide la reducción del arrendamiento, ¿el arrendatario tendrá derecho á una indemnización contra el marido? Se admite generalmente que el arrendatario no puede reclamar indemnización, á no ser que el marido se haya dado como garante de su mujer, ó que haya engañado al arrendatario arrendando como propietario. En efecto, el contrato que excede de nueve años no es nulo, recibe su entera ejecución durante la comunidad. Si cuando la disolución de la comunidad la mujer pide su reducción, el arrendatario no tiene derecho de quejarse, pues tratando con el marido, administrador legal, sabía que el contrato sólo sería obligatorio para con la mujer por un período de nueve años; su derecho, no siendo lesionado, no puede pedir daños y perjuicios. Sólo tiene derecho el arrendatario cuando el marido se ha obligado para con él, ya sea por convención, ya sea por dolo. Puesto que el marido no debe indemnización, se sigue que la mujer que fuese legataria universal no está obligada á respetar el contrato por más de nueve años. El arrendamiento hecho por el marido es esencialmente un contrato de administración; ni siquiera es necesario que así lo diga el contrato, esto resulta de la calidad del que arrienda; el arrendatario no tiene, pues, otros derechos que los que le da el arrendamiento de administración, es decir, que sólo

puede concluir el período de nueve años en el cual se encuentra cuando la disolución de la comunidad. (1)

138. ¿Puede el marido rescindir un contrato de arrendamiento que ha sido consentido antes del matrimonio por su mujer? Transladamos á lo que fué dicho en el título del *Usufructo* acerca del derecho del usufructuario; la cuestión es idéntica. (2)

139. ¿Puede el marido estipular que el arrendatario pagará anticipadamente? No puede contestarse el derecho del marido, puesto que esta cláusula es de uso, sobre todo en los arrendamientos de fincas rústicas. No debe perderse de vista que el marido tiene derecho á las rentas como jefe de la comunidad; él es, pues, no sólo administrador sino también usufructuario, por lo tanto puede hacer cuantas estipulaciones la ley y los principios permiten al usufructuario. El marido tiene derecho á las rentas hasta la disolución de la comunidad; si recibe anticipadamente dichas rentas que de hecho sólo vencen después de la disolución de la comunidad, debe compensación á la mujer. Acerca de este punto no hay ninguna duda. Hay otra dificultad. El marido sólo puede hacer arrendamientos de administración; todas las cláusulas del contrato deben ser concebidas en interés de la mujer propietaria. Con este título puede estipular el pago anticipado de las rentas, conformándose á lo que es de uso. Pero el marido no puede hacer arrendamientos de disposición y no puede tampoco insertar en el contrato cláusulas que un propietario sólo tiene derecho de estipular, porque estas cláusulas pudieran perjudicar á la mujer; cualquiera convención hecha por interés del marido, y que puede comprometer los derechos de la mujer, es nula como sobrepasando el poder

1 Véase el t. VI de estos *Principios*, núm. 462. Bruselas, 29 de Julio de 1812 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 1,371). Durantón, t. XIV, pág. 426, núm. 314. Toullier, t. VI, 2, pág. 353, núm. 406.

2 Resulta que el marido puede rescindir el contrato. París, 26 de Abril de 1850 (Dalloz, 1851, 2, 180).

de administración del marido. La Corte de Casación así lo resolvió en un caso en el cual el arrendatario se obligaba á endosar los vales ministrados por el marido hasta la concurrencia de 25,000 francos. Todas las rentas por vencer estaban especialmente afectas al reembolso de dicha suma. La Corte de Apelación había declarado válida esta cláusula sentando en principio que el marido tiene el absoluto derecho de disponer por anticipación de las rentas por vencerse, aun después de la disolución de la comunidad. Esto era reconocer á un administrador los derechos que sólo pertenecen al propietario. La sentencia fué casada: la Suprema Corte dijo muy bien que el marido sólo puede hacer un contrato de arrendamiento de administración; concluye de esto que toca al juez del hecho examinar y decidir si las cláusulas del pago anticipado, como todas las demás cláusulas, son ó no son actos de administración; cuando se hacen por interés de buena gestión, las cláusulas son válidas; cuando han sido estipuladas en interés del marido y en perjuicio de la mujer, son nulas. (1)

140. El art. 1,429 dice: «Los contratos de arrendamiento que el marido ha hecho *solo* de los bienes de su mujer por un tiempo que no exceda de nueve años, sólo son obligatorios para la mujer por el período de nueve años en el que se encuentra el arrendatario cuando la disolución de la comunidad.» Esto supone que si el marido no contrata solo, es decir, si la mujer concurre en el acta, el contrato no está ya sometido á las restricciones que la ley impone al marido administrador. Ya no se trata entonces de un arrendamiento de administración, puesto que es el propietario quien lo consiente, y el propietario tiene un derecho absoluto de goce y de disposición. Pero como bajo el régimen de la comunidad el marido tiene el goce de los bienes, la mujer sola no podría consentir el contrato, sólo puede concurrir con

1 Casación, 18 de Agosto de 1868 (Dalloz, 1868, 1, 371).

su marido; en este caso el contrato será una acta de disposición y podrá contener todas las cláusulas que un propietario tiene derecho de consentir, ya en cuanto á su duración, ya en cuanto al pago anticipado de las rentas sin limitación alguna. (1)

II. De la renovación de los contratos de arrendamiento.

141. Según el art. 1,430, el marido puede renovar el contrato tres años antes de su conclusión si se trata de bienes rurales, y dos años antes si se trata de casas urbanas. ¿Por qué la ley permite al marido renovar los arrendamientos dos ó tres años antes que concluyan? Esto es un acto de buen padre de familia, el renovarlos antes de su expiación, con el fin de asegurar que los bienes estén arrendados sin interrupción. Que si el arrendatario no consiente en renovar el contrato, el marido necesita un tiempo suficiente para encontrar un nuevo locatario ó un nuevo cultivador. Y como es más difícil encontrar un buen cultivador que un buen locatario, la ley concede un plazo más largo para los arrendamientos de bienes rurales que para los urbanos. (2)

142. La renovación de los arrendamientos no puede hacerse antes de la época fijada por la ley. No porque una renovación hecha antes del plazo de dos ó tres años se presume fraudulenta; la ley sólo se preocupa por el interés y los derechos de las partes; si el marido como usufructuario está interesado en renovar el contrato más temprano, la convención no sería obligatoria para la mujer, porque lesionaría su derecho de propietaria, contraviniendo indirectamente á los límites marcados por el art. 1,429. El marido haría un contrato por nueve años, y en el mismo año lo renovaría por un segundo período de nueve años, lo que ligaría á la mujer

1 Durantón, t. XIV, pág. 423, núm. 30.
2 Troplong, t. I, pág. 310, núm. 1,026.

por diecisiete ó dieciocho años, mientras que la ley sólo permite ligarla por un plazo de nueve.

¿La renovación anticipada es nula? Se pudiera creer así según el art. 1,430; la ley dice que los contratos de arrendamiento renovados antes de tres ó dos años de su expiración están *sin efecto*. ¿Quiere esto decir que son nulos? Para entender el sentido de esta exprasión hay que combinar el art. 1,430 con el art. 1,429 que establece el principio de que el artículo siguiente sólo es una consecuencia. ¿Qué dice el art. 1,429? Que el contrato de arrendamiento, excediendo de nueve años, *no es obligatorio para la mujer;* el arrendamiento no es nulo, el marido queda ligado así como el arrendatario; sólo en la disolución de la comunidad es cuando la mujer puede pedir la reducción del contrato. El artículo 1,430 debe ser entendido en este sentido, el contrato renovado dos ó tres años antes de la conclusión del plazo, está *sin efecto* para con la mujer, en este sentido, que no está obligada; puede pedir que se le limite al período de nueve años en el que se encuentra el arrendatario. Pero éste no puede pedir la nulidad del contrato; no es por interés suyo sino en el de la mujer como la ley restringe el derecho de renovar el arrendamiento, como restringe la facultad de consentirlo; sólo la mujer puede, pues, pedir que el contrato de arrendamiento se sujete á los términos de la ley. (1)

Así la renovación del contrato de arrendamiento no será obligatoria para la mujer si está hecha antes de los dos ó tres años de su expiración: «A no ser que la ejecución del contrato renovado haya comenzado antes de la disolución de la comunidad.» Se aplica, en este caso, la disposición del art. 1,429; todo contrato hecho ó renovado por el marido es válido como arrendamiento de administración; es decir, por el período de nueve años en el que se encuentre el arrendatario cuando la comunidad se disuelve. Sigue de es-

1 Durantón, t. XIV, pág. 424, núm. 311.

to que el contrato quedaría sin efecto si la ejecución no hubiese principiado aunque se estuviese en el plazo de tres ó dos años en el que puede hacerse la renovación. El marido ha hecho lo que no debía hacer renovando un arrendamiento antes de la época fijada por la ley; no hizo lo que podía hacer renovando el contrato en aquella época; luego el acta no puede obligar á la mujer. Si la ejecución del contrato la obliga, es por el motivo que acabamos de dar; siempre queda obligada por un contrato de administración. (1)

143. Queda una ligera dificultad de texto. La ley dice: "Los contratos de arrendamiento *por nueve años ó más* que el marido ha hecho ó renovado solo, de los bienes de la mujer más de tres ó dos años antes de la expiración del contrato corriente, están sin efecto." De que el art. 1,430 sólo habla de contratos de nueve años y más ¿debe concluirse que estos arrendamientos que exceden de nueve años no están sometidos á esta disposición restrictiva, ó que estos contratos están sin efecto aunque la ejecución hubiere comenzado antes de la disolución de la comunidad? Esta última opinión fué emitida por Proudhón; (2) pero ha quedado aislada. En cuanto al texto, no dice lo que se le hace decir. No es sino mediante un argumento *á contrario*, sacado del silencio de la ley, como se llega á la distinción que combatimos, y la distinción testifica contra este modo de argumentación; sólo debe uno servirse de él cuando se puede apoyar en el espíritu de la ley. Y en el caso el espíritu de la ley es tan evidente que se debe rechazar toda inducción fundada en el silencio del Código, porque conduciría á hacer decir al legislador lo contrario de lo que quiso decir.

III. De los contratos de arrendamiento fraudulentos.

144. Se confunde á veces el contrato de arrendamiento

1 Toullier, t. VI, 2, pág. 356, núm. 412.
2 Proudhon, t. III, pág. 186, núm. 1,213. En sentido contrario, Rodiére y Pont, t. II, pág. 214, núm. 922 y todos los autores.

que los arts. 1,429 y 1,430 declaran obligatorio para la mujer con los que el marido hace en fraude de sus derechos. Hay una diferencia que es evidente: el arrendamiento fraudulento es nulo, como todo acto que el marido hace en fraude de la mujer, mientras que el arrendamiento consentido en contravención de los arts. 1,429 y 1,430 es válido como arrendamiento de administración; no liga á la mujer como arrendamiento de disposición. La mujer puede pedir la reducción del contrato irregular hecho por el marido desde que se excedió de sus poderes. Cuando promueve por nulidad debe probar que el contrato es fraudulento. Esta prueba es á menudo difícil, de manera que si la mujer puede promover por una ú otra acción preferirá pedir la reducción. Pero no siempre puede pedirla. Si el marido sólo hizo un contrato de arrendamiento por nueve años, ó si lo renovó en los tres ó dos años antes de la expiración, el acta es válida; obliga á la mujer, á no ser que haya sido hecho en fraude de sus derechos, en cuyo caso la mujer tiene que promover por nulidad si quiere substraerse á la obligación de un contrato que le perjudica. (1)

145. ¿Cuándo es fraudulento el contrato de arrendamiento? Esta es una cuestión de hecho. El perjuicio no basta para que haya intención de defraudar, lo que sucede cuando el marido saca un provecho ilícito del contrato estipulando un precio vil que obligaría á la mujer, mientras que él recibió corretajes del arrendatario sin participárselos á la mujer. Este es el caso supuesto por Ferrière en su *Comentario acerca de la costumbre de París.* No encontramos en la jurisprudencia el ejemplo de un contrato de arrendamiento fraudulento. El contrato que la Corte de Angérs anuló había sido hecho por el marido durante una instancia en separación, lo que lo hacía nulo á consecuencia de la retroac-

1 Compárese el tomo VI de estos *Principios*, núm. 460.

ción de la sentencia de separación. (1) Toullier relata un ejemplo que es bueno dar á conocer: es un rasgo de costumbre. Un hombre, cuya colocación en la magistratura y su regularidad en cumplir escrupulosamente todos los deberes y todas las prácticas de la religión romana (tal es la expresión de Toullier) parecía ponerle á salvo de cualquiera sospecha, tenía una hermana usufructuaria de una hermosa quinta y atacada desde mucho tiempo de una enfermedad incurable y desesperada. Se trataba de renovar un contrato de arrendamiento de dicha quinta. El magistrado se trasladó al cuarto de la enferma con el notario y el arrendatario; el contrato fué renovado por nueve años mediante una propina; el arrendatario pagó un abono y firmó un vale por el resto de la suma; el magistrado, heredero presunto de su hermana, se apoderó del vale. Tres meses después la hermana murió y el usufructo se extinguió. El propietario preguntó al heredero si el contrato de arrendamiento se había renovado. Nuestro celoso católico contestó que no lo sabía, que su hermana no le consultaba para sus negocios. El arrendatario tenía interés en mantener su arrendamiento, y era sobre esto sobre lo que el magistrado había especulado; pero habiendo comprado una gran parte de la quinta, el arrendatario tuvo interés en revelar la convención y la propina. Convicto de mentira el magistrado no se atrevió á negar, pero escondió su fraude y su vergüenza, tanto como fué posible, guardando el vale firmado por el arrendatario y sosteniendo siempre que nunca había tenido conocimiento de él. (2)

Hé aquí un contrato de arrendamiento renovado en fraude de los derechos del propietario. Era regular, puesto que la renovación había tenido lugar en la época legal. El *nuevo* contrato obligaba, pues, al propietario. Pero podía pedir

1 Angérs, 16 de Agosto de 1820 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 1,930).
2 Toullier, t. VI, 2, pág. 355, núm. 409

su nulidad por causa de fraude, y esto era manifiesto, según los hechos tales como Toullier los relata. Si los hechos hubieran sido probados el juez debía haber anulado el contrato, aunque sólo fuera un contrato de administración.

Núm. 5. De las acciones.

146. Según el art. 1,428 «el marido puede solo ejercer todas las acciones muebles y posesorias que pertenecen á la mujer.» ¿Qué se entiende por acciones muebles *perteneciendo* á la mujer? Todos sus derechos muebles presentes y futuros entran en la comunidad, el marido ejerce las acciones que se ligan á ella como jefe de la comunidad y no como administrador de los bienes de la mujer. Debe, pues, suponerse que la mujer tiene propios muebles, lo que es raro, bajo el régimen de la comunidad legal; las acciones relativas á estos propios pertenecen á la mujer; si el marido tiene derecho para ejercerlos esto es como administrador. (1) ¿Por qué la ley da al marido el derecho de ejercer solo, es decir sin el concurso de su mujer, las acciones muebles de ésta? Esto es un principio tradicional y que sólo se explica por la poca importancia que se daba antaño á los derechos muebles; el Código da las acciones muebles al tutor, á los enviados en posesión provisional de los bienes de un ausente, mientras que todos aquellos que sólo tienen un derecho de administración no tienen el derecho de ejercer las acciones inmobiliares. No hay razón jurídica de esta diferencia. Si los administradores no pueden promover en justicia relativamente á los derechos inmuebles es porque las acciones judiciales están consideradas como actos de disposición y aquellos que administran los bienes ajenos no pueden disponer de ellos. Y no pueden disponer más de los muebles que de los inmuebles, como lo diremos más adelante á pro-

1 Durantón, t. XIV, pág. 427, núm. 315.

ción de la sentencia de separación. (1) Toullier relata un ejemplo que es bueno dar á conocer: es un rasgo de costumbre. Un hombre, cuya colocación en la magistratura y su regularidad en cumplir escrupulosamente todos los deberes y todas las prácticas de la religión romana (tal es la expresión de Toullier) parecía ponerle á salvo de cualquiera sospecha, tenía una hermana usufructuaria de una hermosa quinta y atacada desde mucho tiempo de una enfermedad incurable y desesperada. Se trataba de renovar un contrato de arrendamiento de dicha quinta. El magistrado se trasladó al cuarto de la enferma con el notario y el arrendatario; el contrato fué renovado por nueve años mediante una propina; el arrendatario pagó un abono y firmó un vale por el resto de la suma; el magistrado, heredero presunto de su hermana, se apoderó del vale. Tres meses después la hermana murió y el usufructo se extinguió. El propietario preguntó al heredero si el contrato de arrendamiento se había renovado. Nuestro celoso católico contestó que no lo sabía, que su hermana no le consultaba para sus negocios. El arrendatario tenía interés en mantener su arrendamiento, y era sobre esto sobre lo que el magistrado había especulado; pero habiendo comprado una gran parte de la quinta, el arrendatario tuvo interés en revelar la convención y la propina. Convicto de mentira el magistrado no se atrevió á negar, pero escondió su fraude y su vergüenza, tanto como fué posible, guardando el vale firmado por el arrendatario y sosteniendo siempre que nunca había tenido conocimiento de él. (2)

Hé aquí un contrato de arrendamiento renovado en fraude de los derechos del propietario. Era regular, puesto que la renovación había tenido lugar en la época legal. El *nuevo* contrato obligaba, pues, al propietario. Pero podía pedir

1 Angérs, 16 de Agosto de 1820 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 1,930).
2 Toullier, t. VI, 2, pág. 355, núm. 409

su nulidad por causa de fraude, y esto era manifiesto, según los hechos tales como Toullier los relata. Si los hechos hubieran sido probados el juez debía haber anulado el contrato, aunque sólo fuera un contrato de administración.

Núm. 5. De las acciones.

146. Según el art. 1,428 «el marido puede solo ejercer todas las acciones muebles y posesorias que pertenecen á la mujer.» ¿Qué se entiende por acciones muebles *perteneciendo* á la mujer? Todos sus derechos muebles presentes y futuros entran en la comunidad, el marido ejerce las acciones que se ligan á ella como jefe de la comunidad y no como administrador de los bienes de la mujer. Debe, pues, suponerse que la mujer tiene propios muebles, lo que es raro, bajo el régimen de la comunidad legal; las acciones relativas á estos propios pertenecen á la mujer; si el marido tiene derecho para ejercerlos esto es como administrador. (1) ¿Por qué la ley da al marido el derecho de ejercer solo, es decir sin el concurso de su mujer, las acciones muebles de ésta? Esto es un principio tradicional y que sólo se explica por la poca importancia que se daba antaño á los derechos muebles; el Código da las acciones muebles al tutor, á los enviados en posesión provisional de los bienes de un ausente, mientras que todos aquellos que sólo tienen un derecho de administración no tienen el derecho de ejercer las acciones inmobiliares. No hay razón jurídica de esta diferencia. Si los administradores no pueden promover en justicia relativamente á los derechos inmuebles es porque las acciones judiciales están consideradas como actos de disposición y aquellos que administran los bienes ajenos no pueden disponer de ellos. Y no pueden disponer más de los muebles que de los inmuebles, como lo diremos más adelante á pro-

1 Durantón, t. XIV, pág. 427, núm. 315.

pósito del marido; luego lógicamente no debieran tener derecho de promover en justicia. (1) La regla del art. 1,428 es una de esas disposiciones tradicionales que el Código ha consagrado porque se hallaban en la tradición.

147. El marido ejerce también solo las acciones posesorias que pertenecen á la mujer. Estas acciones conciernen á los inmuebles; debieran, pues, en teoría, ser ejercidas por el propietario. Si la ley se las da al marido administrador es porque son actos conservatorios; tienden, en efecto, á conservar la posesión ó á volver á adquirirla. Esta regla es también tradicional y es, sin duda, con este título como los autores del Código la han consagrado. (2)

148. Del principio que el marido ejerce *solo* las acciones muebles y posesorias de la mujer resulta que el marido representa á la mujer como su mandatario legal, sea demandando, sea defendiendo. Por consiguiente, la mujer es parte en el proceso; la sentencia le aprovecha y puede serle opuesta, sin que tenga derecho de atacarla por vía de tercera oposición; no es tercero cuanto á lo sentenciado, puesto que es parte en la causa. La consecuencia es grave, pues puede suceder que la mujer haya sido mal defendida; no tiene, en este caso, recurso más que contra el marido como administrador responsable. (3)

149. El art. 1,428 nada dice de las acciones inmobiliares; es seguro, á pesar del disentimiento de Toullier, que el marido no tiene derecho de ejercerlas. Este es un principio general seguido por el Código; los que administran los bienes ajenos no tienen las acciones inmobiliares, lo que es perfectamente jurídico: el poder de administración no implica el de disponer, y promover en justicia es disponer. Trasladamos á lo que fué dicho del poder del marido como jefe de la comunidad.

1 Véase el t. II de estos *Principios*, núm. 188, y el t. V, núm. 66.
2 Durantón, t. XIV, pág. 423, núm. 317.
3 Aubry y Rau, t. V, pág. 344 y nota 11, pfo. 510 (4ª edición).

Si el marido ejerciera una acción inmobiliar de la mujer el demandado podría rechazarlo fundándose en su falta de personalidad. Fué sentenciado que esta excepción, siendo perentoria, no puede cubrirse por ningún acto de procedimiento del demandado, y puede, por consiguiente, ser propuesta en cualquier estado de la causa. (1)

Resulta del mismo principio que la mujer no está representada por su marido en las instancias en que figura solo; por lo tanto la sentencia no le puede ser opuesta, es tercero y puede entablar la tercería. (2) Acerca de este punto todos están acordes, aun los que reconocen al marido el derecho de promover, lo que es poco consecuente, pues si el marido puede ejercer las acciones inmobiliares la mujer es parte en el proceso, y debe concluirse que está ligada por la sentencia.

150. Hemos dicho más atrás que el marido tiene el derecho de ejercer las acciones inmobiliares de la mujer en cuanto tiene interés como usufructuario. Promueve, en este caso, no como administrador de los bienes de la mujer sino como jefe de la comunidad. De esto se sigue que no representa á su mujer, ésta no es parte en la causa y, por consiguiente, la sentencia no le puede ser opuesta. (3)

151. La acción inmobiliar intentada por el marido, ya sea como jefe de la comunidad, ya como administrador legal, ¿interrumpe la prescripción? Volveremos á ocuparnos de este punto en el título que es el sitio de la materia.

152. Hay una acción particular relativa á los bienes de la mujer y que exige en el que la ejerce una capacidad particular, es la acción de partición. El art. 818 sienta el principio; lo hemos explicado en otro lugar (t. X, núm. 251); falta aplicarlo á la comunidad legal. El marido puede, sin el concurso de la mujer, provocar la partición de los objetos muebles ó inmuebles que le vencen y entran en la comu-

1 La Haya, 22 de Noviembre de 1826 (*Pasicrisia*, 1826, pág. 292).
2 París, 23 de Mayo de 1872 (Dalloz, 1872, 2, 169).
3 Lieja, 26 de Enero de 1848 (*Pasicrisia*, 1848, 2, 171).

nidad. Bajo el régimen de la comunidad legal, las sucesiones muebles solas entran en el activo; el marido tiene, pues, el derecho de promover en calidad de señor de dichas acciones, como decía la costumbre de París. En cuanto á las sucesiones inmobiliares, quedan propias de la mujer; sólo ella puede ejercer la acción de partición con autorización del marido ó de la justicia. El art. 818 dice que con respecto á los objetos que no caen en la comunidad, el marido no puede provocar su partición sin el concurso de su mujer. Es, en verdad, la mujer quien promueve con autorización de su marido, pues el marido carece de personalidad. Sin embargo, el art. 818 le da derecho para pedir la partición provisional cuando tiene el derecho de goce en los bienes. Y bajo el régimen de la comunidad legal, el marido tiene el goce de los propios inmobiliares; puede, pues, pedir el reparto provisional á título de usufructuario.

La mayor parte de las sucesiones son parte muebles y parte inmuebles; se necesitaría, pues, el concurso de ambos esposos para pedir el reparto: el del marido por razón de los muebles que caen en la comunidad, y el de la mujer por razón de los inmuebles que le quedan propios. Si el marido promoviera solo podría únicamente pedir el reparto provisional de los inmuebles.

El art 818 agrega que los coherederos de la mujer no pueden provocar el reparto definitivo sino poniendo en causa al marido y á la mujerr Esta disposición se refiere á las sucesiones inmobiliares de que la ley acaba de hablar. En cuanto á los objetos muebles teniendo el marido derecho de pedir su reparto sin el concurso de la mujer, puede también defenderlos sin su concurso.

Núm. 6. Del derecho de disponer.

I. De los inmuebles.

153. El art. 1.428 dice que el marido no puede enajenar

los inmuebles personales de la mujer sin su consentiniento. Esto es la aplicación de un principio elemental. El derecho de enajenar es uno de los atributos de la propiedad; en principio, sólo el propietario puede enajenar. La ley se expresa, pues, inexactamente diciendo que el marido sólo puede enajenar con el consentimiento de su mujer; no es él quien enajena, es la mujer con autorización de su marido ó de la justicia.

La palabra *enajenar* comprende todos los actos de disposición; la costumbre de París enumeraba los actos que puede hacer el marido: decía «que el marido no puede vender, cambiar, hacer partición ó licitación, obligar ni hipotecar la propia heredad de su mujer, sin su consentimiento; y ella sin autorización marital.» Esta enumeración era inútil; el principio ,tal como lo formula el Código, basta; el marido no puede hacer ningún acto de disposición.

154. La jurisprudencia aplicó el principio en este sentido. Fué sentenciado que el marido no puede, sin el consentimiento de su mujer, consentir la apertura de una cantera ó de una mina en un fundo que es personal á la mujer, porque esta apertura constituye una enajenación de derechos inmobiliares; esto es, en efecto, disponer de una parte del suelo. (1).

155. ¿Si el marido enajena un propio inmobiliar de la mujer puede ésta reivindicarlo? Esta es una cuestión muy controvertida, preciso es que haya serias dudas, puesto que Pothier ha cambiado de opinión. Cuando la mujer renuncia á la comunidad, su derecho es seguro, puede reivindicar como cualquier propietario tiene este derecho; no se le puede oponer la venta hecha por el marido, esta es una convención que le es extraña; por el hecho de la renuncia se la considera como no siendo mujer común, luego no queda ligada por

1 Amiéns, 30 de Noviembre de 1837 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm.1,308).

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

nidad. Bajo el régimen de la comunidad legal, las sucesiones muebles solas entran en el activo; el marido tiene, pues, el derecho de promover en calidad de señor de dichas acciones, como decía la costumbre de París. En cuanto á las sucesiones inmobiliares, quedan propias de la mujer; sólo ella puede ejercer la acción de partición con autorización del marido ó de la justicia. El art. 818 dice que con respecto á los objetos que no caen en la comunidad, el marido no puede provocar su partición sin el concurso de su mujer. Es, en verdad, la mujer quien promueve con autorización de su marido, pues el marido carece de personalidad. Sin embargo, el art. 818 le da derecho para pedir la partición provisional cuando tiene el derecho de goce en los bienes. Y bajo el régimen de la comunidad legal, el marido tiene el goce de los propios inmobiliares; puede, pues, pedir el reparto provisional á título de usufructuario.

La mayor parte de las sucesiones son parte muebles y parte inmuebles; se necesitaría, pues, el concurso de ambos esposos para pedir el reparto: el del marido por razón de los muebles que caen en la comunidad, y el de la mujer por razón de los inmuebles que le quedan propios. Si el marido promoviera solo podría únicamente pedir el reparto provisional de los inmuebles.

El art 818 agrega que los coherederos de la mujer no pueden provocar el reparto definitivo sino poniendo en causa al marido y á la mujerr Esta disposición se refiere á las sucesiones inmobiliares de que la ley acaba de hablar. En cuanto á los objetos muebles teniendo el marido derecho de pedir su reparto sin el concurso de la mujer, puede también defenderlos sin su concurso.

Núm. 6. Del derecho de disponer.

I. De los inmuebles.

153. El art. 1.428 dice que el marido no puede enajenar

los inmuebles personales de la mujer sin su consentiniento. Esto es la aplicación de un principio elemental. El derecho de enajenar es uno de los atributos de la propiedad; en principio, sólo el propietario puede enajenar. La ley se expresa, pues, inexactamente diciendo que el marido sólo puede enajenar con el consentimiento de su mujer; no es él quien enajena, es la mujer con autorización de su marido ó de la justicia.

La palabra *enajenar* comprende todos los actos de disposición; la costumbre de París enumeraba los actos que puede hacer el marido: decía «que el marido no puede vender, cambiar, hacer partición ó licitación, obligar ni hipotecar la propia heredad de su mujer, sin su consentimiento; y ella sin autorización marital.» Esta enumeración era inútil; el principio ,tal como lo formula el Código, basta; el marido no puede hacer ningún acto de disposición.

154. La jurisprudencia aplicó el principio en este sentido. Fué sentenciado que el marido no puede, sin el consentimiento de su mujer, consentir la apertura de una cantera ó de una mina en un fundo que es personal á la mujer, porque esta apertura constituye una enajenación de derechos inmobiliares; esto es, en efecto, disponer de una parte del suelo. (1).

155. ¿Si el marido enajena un propio inmobiliar de la mujer puede ésta reivindicarlo? Esta es una cuestión muy controvertida, preciso es que haya serias dudas, puesto que Pothier ha cambiado de opinión. Cuando la mujer renuncia á la comunidad, su derecho es seguro, puede reivindicar como cualquier propietario tiene este derecho; no se le puede oponer la venta hecha por el marido, esta es una convención que le es extraña; por el hecho de la renuncia se la considera como no siendo mujer común, luego no queda ligada por

1 Amiéns, 30 de Noviembre de 1837 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm.1,308).

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

ningún acto de su marido; se encuentra en la situación de cualquier propietario del que un tercero sin ningún derecho hubiese enajenado la cosa; conserva su derecho de propiedad y puede ejercerlo por la reivindicación.

No sucede lo mismo cuando la mujer acepta la comunidad. El marido que vende un inmueble perteneciendo á su mujer está obligado á dar garantía; la obligación de garantizar al comprador contra la evicción ¿cae en la comunidad? Si cae en ella, la mujer que acepta ¿está obligada por el todo, ó sólo por la mitad? Si la mujer debe garantizar al comprador ¿puede batirlo reivindicando el inmueble contra él? Tales son las cuestiones que surgen en esta materia; todas son más ó menos dudosas.

¿Está la mujer aceptante obligada por la garantía? Pothier enseña la afirmativa en su *Tratado de la Venta*, y la creemos incontestable. El marido es garante, y toda deuda del marido es deuda de la comunidad; esta es una regla sin excepción cuando se trata de las relaciones del marido para con los terceros. Si la garantía es una deuda de la comunidad, la mujer está obligada por ella como por todas las deudas de la comunidad, por mitad. Obligada á garantizar al comprador contra la evicción, no lo puede combatir, á lo menos no lo puede por la mitad por la que debe garantía; (1) abandonemos por un momento este lado de la cuestión. Debemos establecer, ante todo, que la mujer es garante.

Después de haber enseñado en su *Tratado de la Venta* que la mujer que acepta está obligada por la garantía, Pothier ha profesado la opinión contraria en su *Tratado de la Comunidad*. Esta era la opinión general en el derecho antiguo. Para que la mujer no sea garante hay que admitir que la obligación de garantía no cae á cargo de la comunidad; esto es lo que Pothier trata de demostrar. La ley, dice, da al

1 Pothier, *De la venta*, núm. 179. Toullier, t. VI, 2, pág. 216, núm. 226.

marido el derecho de obligar á la comunidad y, por consiguiente, á la mujer si acepta; pero la ley no permite al marido cargar á la comunidad con la venta que hiciera de un propio de la mujer; al contrario, le prohibe enajenar sin el consentimiento de la mujer. Luego si vende no obra como jefe de la comunidad, contrata solo, en su nombre personal; por lo tanto, la comunidad no está obligada por la garantía, esta deuda queda personal del marido. Si el principio es verdadero, la consecuencia es evidente; no siendo la garantía deuda de la comunidad, no se vuelve deuda de la mujer; y si la mujer no es garante, nada le impide combatir al comprador; luego puede reivindicar contra él, y naturalmente todo el inmueble, puesto que no está más obligada á la garantía por mitad que por el total. (1)

La argumentación de Pothier nos parece de extremada debilidad. Se olvida de los principios que ha sentado acerca de los poderes del marido. Como señor y dueño de los bienes comunes el marido tiene poder absoluto para obligar á la comunidad para con los terceros; no hay que considerar si el marido tiene ó no el derecho de hacer el acto por el cual la obliga. ¿Acaso tiene el derecho de cometer crímenes? Sin embargo, obliga á la comunidad por sus crímenes, y la mujer queda obligada por este punto si acepta la comunidad. Si el marido obliga á la comunidad por sus crímenes ¿por qué no había de obligarla por sus faltas y por sus cuasidelitos? Pues el hecho de vender un propio de la mujer no es otra cosa. Pothier dice que se necesita del consentimiento de la mujer para que el marido pueda vender uno de sus propios; y concluye de esto que la obligación de garantía queda personal al marido. Esto es olvidar cuál es el efecto de la aceptación de la comunidad; al aceptar, la mujer consiente, se apropia el acto del marido, está como si

1 Pothier, *De la comunidad*, núm. 253.

hubiese hablado en el contrato, es parte en él; ¿por qué, pues, no había de estar obligada por la consecuencia de este compromiso, como de las de cualquiera otra obligación que el marido contrae sin el consentimiento actual de la mujer, y aun á pesar de su oposición?

La opinión que combatimos era generalmente admitida en el derecho antiguo. Pothier, al adherirse á ella, no la aceptó con sus consecuencias; dice que la comunidad está obligada sólo á la restitución del precio, mientras que los autores enseñaban todos que la comunidad debe pagar los daños y perjuicios resultantes de la evicción, siendo ésta una deuda ordinaria que nada tiene de personal al marido. Tal es también la opinión de los autores modernos que siguen la tradición. (1) La consecuencia no es de naturaleza para reconciliarnos con el principio. ¿A qué título debe el vendedor los daños y perjuicios en caso de evicción? Los debe porque está obligado á la garantía; debe garantizar al comprador, es decir, defenderlo contra la evicción: si no puede ó no quiere defenderlo, está obligado á reparar el daño que la evicción le ocasiona; los daños y perjuicios son, pues, una consecuencia necesaria de la obligación de garantía. ¿Puede concebirse que la comunidad esté obligada á pagar los daños y perjuicios cuando no está obligada á la garantía? Si la obligación de garantía es personal, las consecuencias que resultan deben también ser personales al marido; y si las consecuencias no son personales, es porque la garantía tampoco lo es. (2)

Los autores modernos que siguen la segunda opinión de Pothier nada han dicho para darle mayor autoridad. Se pretende que el *error* de la doctrina que sostenemos viene de que confundimos la obligación de la mujer común que acepta, con la obligación del heredero. Esto, se dice, sucede á todas las obligaciones del difunto; no pasa lo mismo con la mujer: simple socio está sólo obligada con este título á la mitad de las deudas que caen á cargo de la comunidad. (1) Si hay *error* tiene al mismo Pothier por autor, pues él dice que la mujer aceptante está como si hubiese contraído con el marido todas las deudas de las cuales debe pagar la mitad. Ella es, pues, parte en el contrato de venta, vende como su marido; luego está obligada á la garantía por su propio hecho, la aceptación, que equivale á un consentimiento dado cuando el contrato. Que si la mujer no está como si hubiese concurrido á la venta, si ésta venta es personal al marido como siéndole prohibida ¿con qué derecho se ponen á cargo de la mujer los daños y perjuicios que resultan de la garantía? Se procura en vano escapar al reproche de inconsecuencia, esta es palpable: garantizar quiere decir defender ó pagar, es una sola y misma obligación; aquel que no está obligado á la una no lo puede estar á la otra. De hecho garantizar quiere decir pagar los daños y perjuicios resultantes de la evicción, porque el vendedor, las más veces, ni siquiera trata de defender al comprador. ¿Cómo había el marido de defender al comprador á quien vendió un propio de su mujer? Luego para él la obligación de garantía consiste en pagar daños y perjuicios; decir que debe pagar los daños y perjuicios y que no está obligado á la garantía, es decir una cosa que, en nuestro concepto, no tiene sentido.

156. La mujer aceptante está, pues, obligada á la garantía. ¿Se debe por todo ó sólo por la mitad? Ahí está la verdadera dificultad, y es bien grande. Pothier, en su *Tratado de la venta*, dice que la mujer, por no estar obligada á la garantía sino como mujer común, sólo la debe por mitad, como solo por la mitad queda obligada en todas las deudas de la comunidad que no contrajo personalmente. Esta es nues-

1 Aubry y Rau, t. V, pág. 349, nota 26, pfo. 510 (4.ª edición).
2 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 171, núm. 71 *bis* XVII.

1 Aubry y Rau, t. V, pág. 348, nota 24, pfo. 510 (4.ª edición).

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

tra opinión. (1) Se objeta que la garantía es indivisible; que si la mujer está obligada á garantizar, esto es necesariamente por el todo; y se concluye que nada puede reivindicar, pues el que debe garantizar no puede combatir. La cuestión de saber si la obligación de garantía es indivisible está controvertida; diremos en el título de la *Venta* que, en nuestro concepto, la garantía es indivisible. ¿Cómo conciliar esta indivisibilidad con la opinión de Pothier que adoptamos? ¿No es absurdo decir que la mujer sólo está obligada á la garantía por la mitad cuando se trata de una obligación que no sufre división? Contestamos que la obligación de garantía es indivisible en este sentido, que el vendedor debe garantizar todo lo que vende. Pero supongamos que haya dos vendedores: cada uno sólo será vendedor por mitad, cada uno deberá, pues, garantizar sólo la mitad que vende; esto no es dividir una obligación indivisible, es limitar la obligación de garantía á lo que es objeto de la venta. Y tal es la situación de la mujer que acepta la comunidad. Se apropia la venta. ¿Qué quiere decir esto? ¿Significa que la mujer está como si hubiese vendido todo el inmueble? Nó, pues esto sería borrar el contrato de venta hecho por el marido y substituirle otro hecho por la mujer. Y esto es imposible. El marido vendió; esto es un hecho consumado que ningún poder humano puede borrar. Si la mujer acepta, está como habiendo concurrido á la venta; luego hay dos vendedores, cada uno por mitad. La mujer vendedora por mitad debe, pues, garantizar la mitad vendida por el marido, puesto que no la vendió ella. (2)

157. Hemos supuesto que el marido está obligado á la garantía como vendedor y que la mujer se apropia esta obligación aceptando. Puede suceder que el marido no deba garantía; en este caso nada impedirá que la mujer reivindique, puesto que no se puede rechazar su acción con la excepción de garantía. Y el marido no debe garantía cuando vende un propio de la mujer, no como siendo propietario sino como administrador de los bienes de la mujer. El marido no se obliga, en este caso, á transferir la propiedad de la cosa, puesto que la misma calidad con la que obra excluye toda idea de translación de dominio; el administrador no puede disponer. Por consiguiente, no puede tratarse de garantía; el comprador compra en el supuesto de que la mujer aceptará la comunidad, lo que hace ordinariamente. (1) Por esto es que la jurisprudencia no ha tenido que ocuparse de estas cuestiones, que han sido tan ardientemente debatidas en el terreno de la doctrina. No insistiremos en este punto, porque hemos de tratar la cuestión de principio en el título de la *Venta*.

158. Suponiendo que la mujer pueda reivindicar, nace la cuestión de saber si puede promover durante la comunidad. La cuestión está controvertida. Nos parece que se ha confundido, en este debate, el principio y la aplicación que debe hacerse de él en el caso. En teoría debe decirse, con la Corte de Gante, que todo derecho da apertura á una acción que puede ejercerse inmediatamente, á no ser que la ley haga excepción á la regla. ¿Hay una excepción para la mujer casada? Es propietaria, tiene el derecho de reivindicar: ¿hay una ley ó un principio que le impida promover en reivindicación durante el matrimonio? Se pretende que la excepción resulta del art. 2,266 que suspende la prescripción de los derechos de la mujer durante el matrimonio, en el caso en que la acción de la mujer se reflejase contra el marido, y la ley cita precisamente el caso en que el marido, habiendo vendido el bien propio de la mujer sin su consentimiento, es garante de la venta. La Corte de Gante con-

1 Amiéns, 18 de Junio de 1814 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 2,493).
2 Marcadé, t. V, pág. 538, núm. III. del art. 1,428.

1 Colmet de Santerre, t. V, pág. 167, núm. 71 *bis* XI.

testa que la suspensión de la prescripción no impide que la mujer promueva, y no implica ninguna incapacidad para promover; lo que es evidente. La prescripción no corre nunca contra los menores; ¿quiere esto decir que el tutor no pueda ni deba promover para demandar los derechos de los menores? Cuanto á la mujer el legislador temió que tuviese repugnancia en promover cuando sabe que la acción se reflejará en su marido; es para no obligarla á promover por lo que suspende la prescripción, pero no le quita el derecho de promover. (1)

Tal es la decisión de la cuestión en teoría. Se nos opone la tradición. Troplong acumuló cuanto han dicho los autores antiguos; hay que oírlo para formarse un concepto de la confusión de todas las cosas que reina en este autor y, hay que confesarlo, en la doctrina, en lo que se refiere á nuestro debate. Ante todo conste que los autores antiguos están divididos; lo que les quita toda autoridad, puesto que no se sabe cuál es la opinión que el Código pretendió consagrar no estando prevista la dificultad por nuestros textos. La mujer, dice Troplong, está sin interés, puesto que los frutos no le pertenecen á ella sino á la comunidad. Esto equivale á decir que el nudo propietario no puede reivindicar, lo que es una verdadera herejía. ¡Un usurpador retiene mi fundo, lo maltrata, y porque el usufructuario no promueve tendré que dejarlo hacer! El propietario siempre tiene interés en ejercer su derecho. La mujer, se dice, no puede criticar la enajenación hecha por el marido, porque éste está como si hubiese vendido el derecho que tiene en los frutos. Así, la mujer no tendría el derecho de reivindicar; si es así, ¿para qué discutir si puede reivindicar durante la comunidad? Después de esto se dice que no conviene que la mujer intente acciones que recaen en el marido. El legislador ha tenido en cuenta este sentimiento de conveniencia;

1 Gante, 8 de Junio de 1838 (*Pasicrisia*, 1838, 2, 144).

pero todo cuanto concluye de ello es que la mujer no está obligada á promover, suspendiéndose la prescripción en su favor. Pero de que la mujer puede no promover ¿debe concluirse que no tiene derecho de hacerlo? Que las leyes romanas censuren á la mujer que prefiere su interés á la amistad de su marido ¿qué nos importa? La mujer contestará que esto es negocio suyo. ¿Tengo ó no tengo derecho para promover? dirá ella. Si tengo este derecho lo demás sólo á mí me importa. Troplong concluye que la opinión que acaba de motivar tan singularmente es la única que sea jurídica. (1) Es la de todos los autores modernos, dice Troplong.

Esto no es exacto. Los autores distinguen; permiten á la mujer promover con autorización del marido y no admiten que pueda hacerlo con autorización de justicia. (2) Esta distinción es arbitraria. Lo que puede hacer la mujer con autorización marital lo puede también hacer con autorización del juez. Ahí no está la verdadera dificultad. La solución de la cuestión depende del derecho que la mujer tiene que reivindicar. Si se cree, con la tradición, que la mujer no está obligada por la garantía, que puede reivindicar, ya sea que acepte ó que renuncie, nada se opone á que promueva inmediatamente; está en la situación de cualquier propietario del que se ha vendido la cosa y que la puede reivindicar cuando le place. Pero no sucede así cuando se admite que la mujer aceptante debe garantía. Su derecho de promoción está, en este caso, subordinado á la resolución que tomará cuando la disolución de la comunidad: si la renuncia, podrá reivindicar; si la acepta, sólo lo podrá por la mitad; en nuestra opinión ni siquiera podrá hacerlo por parte si se cree deber aplicar el principio de la indivisibilidad. ¿Cómo pu-

1 Troplong, t. I, pág. 302, núm. 988. Compárese Bastia, 6 de Mayo de 1856 (Dalloz, 1856, 2, 303).

2 Aubry y Rau, t. V, pág. 348, notas 25 y 26. Rodière y Pont, t. II, página 206, núm. 913.

diera la mujer reivindicar cuando no se sabe si tendrá alguna vez el derecho de promover?

159. La mujer, en nuestra opinión, sólo puede promover en la disolución de la comunidad. Puede reivindicar por todo si renuncia, y sólo por la mitad si acepta. La mujer tiene también otra acción contra su marido, acción por daños y perjuicios fundada en que ha faltado á sus deberes como administrador: en lugar de conservar los bienes de la mujer como lo debía, dispuso de ellos, violando así el artículo 1,428. El marido es responsable, luego está obligado á los daños y perjuicios. A la mujer toca ver cuál de ambas acciones le conviene ejercer; si el inmueble había desmejorado tiene interés en promover contra su marido, suponiendo que éste esté solvente. No podría rechazar la acción de la mujer para que promoviera contra el tercero detentador; él está personalmente obligado á cumplir con su compromiso. No puede haber dudas acerca de este punto. (1)

160. La mujer puede renunciar al derecho que tiene de promover, ya sea contra su marido, ya sea contra el tercero detentador. Esto es una confirmación; se deben, pues, aplicar los principios que siguen la confirmación. (2) Ha sido resuelto que la mujer separada de bienes que ejerce sus devoluciones contra el marido, no confirma por esto la venta que éste hubiera hecho de uno de sus propios. El que tiene dos derechos no renuncia uno de ellos al ejercer el otro. Las renuncias son de derecho estrecho; la mujer separada de bienes está obligada á promover contra su marido, porque tiene que ejecutar la sentencia en el plazo fijado por la ley. Esta es una razón decisiva que impide prevalerse contra ella de las promociones dirigidas por ella contra su marido para inducir una renuncia al derecho que tiene de reivindicar

1 Troplong, t. I, pág. 302, núm. 986. Aubry y Rau, t. V, pág. 349, nota 27, pfo. 510.

2 Colmar, 14 de Mayo de 1813 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 1,318).

su inmueble. Así sucedería aunque la comunidad estuviera disuelta por el divorcio ó por la muerte del marido. La mujer tiene dos derechos esencialmente diferentes: una acción personal por daños y perjuicios, y una acción real en reivindicación. Puede preferir promover contra su marido ó sus herederos por vía de compensación; pero si esta acción no conduce á nada porque la comunidad es mala y que el marido es insolvente, permanece propietaria y, como tal, puede reivindicar. Esta es la aplicación de los principios generales que hemos expuesto en el título de las *Obligaciones*. (1)

II. De los muebles.

161. ¿Puede el marido enajenar los muebles corporales y los créditos que son propios de la mujer? Antes de examinar la cuestión, que está muy controvertida, debe verse cuál es el interés que tiene la mujer en la solución. Se pudiera creer que no hay ninguno, por razón del principio consagrado por el art. 2,279. En efecto, si se trata de muebles corporales, la mujer no los puede reivindicar contra el tercero posesor de buena fe, aunque el marido no tuviera el poder de enajenarlos. Sin embargo, aun en este caso, la cuestión no está sin interés; puede suceder que el comprador no esté en posesión cuando la mujer puede prevalerse de la nulidad de la venta, si el marido no tuvo derecho para vender. La mujer podrá aún reivindicar la cosa vendida si el posesor es de mala fe. En fin, la cuestión tiene una alta importancia para los créditos, obligaciones, acciones, tan numerosos en nuestra moderna sociedad. Diremos en el título de la *Prescripción* que el poseedor no puede invocar la máxima que en *cuanto á muebles la posesión vale título*, cuando se trata de muebles corporales.

1 Bourges, 30 de Noviembre de 1814 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 1.318(.

diera la mujer reivindicar cuando no se sabe si tendrá alguna vez el derecho de promover?

159. La mujer, en nuestra opinión, sólo puede promover en la disolución de la comunidad. Puede reivindicar por todo si renuncia, y sólo por la mitad si acepta. La mujer tiene también otra acción contra su marido, acción por daños y perjuicios fundada en que ha faltado á sus deberes como administrador: en lugar de conservar los bienes de la mujer como lo debía, dispuso de ellos, violando así el artículo 1,428. El marido es responsable, luego está obligado á los daños y perjuicios. A la mujer toca ver cuál de ambas acciones le conviene ejercer; si el inmueble había desmejorado tiene interés en promover contra su marido, suponiendo que éste esté solvente. No podría rechazar la acción de la mujer para que promoviera contra el tercero detentador; él está personalmente obligado á cumplir con su compromiso. No puede haber dudas acerca de este punto. (1)

160. La mujer puede renunciar al derecho que tiene de promover, ya sea contra su marido, ya sea contra el tercero detentador. Esto es una confirmación; se deben, pues, aplicar los principios que siguen la confirmación. (2) Ha sido resuelto que la mujer separada de bienes que ejerce sus devoluciones contra el marido, no confirma por esto la venta que éste hubiera hecho de uno de sus propios. El que tiene dos derechos no renuncia uno de ellos al ejercer el otro. Las renuncias son de derecho estrecho; la mujer separada de bienes está obligada á promover contra su marido, porque tiene que ejecutar la sentencia en el plazo fijado por la ley. Esta es una razón decisiva que impide prevalerse contra ella de las promociones dirigidas por ella contra su marido para inducir una renuncia al derecho que tiene de reivindicar

1 Troplong, t. I, pág. 302, núm. 986. Aubry y Rau, t. V, pág. 349, nota 27, pfo. 510.

2 Colmar, 14 de Mayo de 1813 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 1,318).

su inmueble. Así sucedería aunque la comunidad estuviera disuelta por el divorcio ó por la muerte del marido. La mujer tiene dos derechos esencialmente diferentes: una acción personal por daños y perjuicios, y una acción real en reivindicación. Puede preferir promover contra su marido ó sus herederos por vía de compensación; pero si esta acción no conduce á nada porque la comunidad es mala y que el marido es insolvente, permanece propietaria y, como tal, puede reivindicar. Esta es la aplicación de los principios generales que hemos expuesto en el título de las *Obligaciones*. (1)

II. De los muebles.

161. ¿Puede el marido enajenar los muebles corporales y los créditos que son propios de la mujer? Antes de examinar la cuestión, que está muy controvertida, debe verse cuál es el interés que tiene la mujer en la solución. Se pudiera creer que no hay ninguno, por razón del principio consagrado por el art. 2,279. En efecto, si se trata de muebles corporales, la mujer no los puede reivindicar contra el tercero posesor de buena fe, aunque el marido no tuviera el poder de enajenarlos. Sin embargo, aun en este caso, la cuestión no está sin interés; puede suceder que el comprador no esté en posesión cuando la mujer puede prevalerse de la nulidad de la venta, si el marido no tuvo derecho para vender. La mujer podrá aún reivindicar la cosa vendida si el posesor es de mala fe. En fin, la cuestión tiene una alta importancia para los créditos, obligaciones, acciones, tan numerosos en nuestra moderna sociedad. Diremos en el título de la *Prescripción* que el poseedor no puede invocar la máxima que en *cuanto á muebles la posesión vale título*, cuando se trata de muebles corporales.

1 Bourges, 30 de Noviembre de 1814 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 1.318(.

162. En nuestro concepto el marido administrador no puede enajenar. El principio que hemos invocado para los inmuebles se aplica también á los objetos muebles. Según el art. 544, la propiedad es el derecho de disponer de las cosas de la manera más absoluta; luego el derecho de disposición es una de las facultades, y la más importante, que derivan del derecho de propiedad. ¿Qué importa la naturaleza de la cosa que se enajena? El derecho de disponer no depende de la naturaleza mobiliar ó inmobiliar de la cosa de que es objeto la venta, depende de la calidad de aquel que vende. Si el administrador no tiene el derecho de enajenar los inmuebles, por esto mismo no tiene el de enajenar los muebles. Es verdad que la doctrina tradicional ha derogado el rigor de los principios en lo que se refiere á las acciones; concede al administrador las acciones muebles, mientras le prohibe las acciones inmobiliares. Esto es porque el derecho antiguo daba menos importancia á los muebles que á los inmuebles; se concibe que en este orden de de ideas se permita al administrador enajenar los objetos muebles, aunque no tenga el derecho de hacerlo con los inmuebles. (1) Hay más: de que el marido administrador tiene las acciones mobiliares, se podrá concluir que tiene el derecho de disponer de los efectos muebles, puesto que siempre ha sido de principio que es necesario tener el poder de disponer de una cosa para tener el derecho de promoverla en justicia. Pero la proposición inversa no es exacta. Desde luego sería poco jurídico inducir el derecho de enajenar del de promover en lo que se refiere á los objetos muebles; esto sería extender una excepción que es contraria á los principios, una excepción que viola el derecho de propiedad. Debemos, sin duda, respetar el derecho tradicional en cuanto que lo ha mantenido el Código, pero es menester limitarlo en los precisos

1 Esta es la opinión de los autores antiguos en lo que se refiere al marido administrador. Véanse los testimonios en Aubry y Rau, t. V, pág. 459, nota 33.

términos de la ley; se puede, pues, y se debe reconocer á cualquier administrador el derecho de ejercer las acciones mobiliares, pero para concederle el derecho de enajenar los objetos muebles, sería preciso un textto. La cuestión se reduce, pues, á saber si hay un texto que concede al marido el derecho para enajenar los objetos muebles propios de la mujer.

163. Se invoca en primer lugar el art. 1,428. La ley dice que el marido no puede enajenar los *inmuebles* personales de la mujer sin su autorización. Si el legislador hubiera querido aplicar á los muebles lo que dice de los inmuebles, hubiera dicho que el marido no puede enajenar los *bienes* personales de la mujer. Limitando la prohibición de enajenar á los *inmuebles*, la ley reconoce implícitamente al marido el derecho de enajenar los objetos muebles. Lo que confirma esta inducción sacada del silencio de la ley, es que ésta concede al marido las acciones mobiliares. (1)

Contestaremos que un argumento sacado del silencio de la ley no basta para dar al marido administrador un derecho que está en oposición con los principios. De seguro que la ley pudiera estar mejor redactada, pero la mala redacción se explica. Bajo el régimen de la comunidad hay pocos muebles propios de la mujer, puesto que el mobiliar presente y futuro de los esposos entra en la comunidad. Se concibe, pues, que el legislador no haya pensado en los muebles que en casos muy raros quedan propios á la mujer. A esto se objeta que los autores del Código, habiendo previsto el caso en el que la mujer tiene acciones mobiliares propias, también debían preveer el caso en que tuviese objetos muebles que le sean propios. La costumbre de París contesta la objeción; al

1 Aubry y Rau, t. V, pág. 458, nota 33, pfo. 510 (4.ª edición). Hay en este sentido algunas sentencias bastante mal redactadas: Bourges, 22 de Mayo de 1812; Angéra, 26 de Enero de 1842 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 2,705, 2.° y 3.°). La Corte de Bourges llega hasta decir que el marido tiene derecho de usar y abusar; esto es confundir el poder del marido administrador legal con el poder del marido como jefe de la comunidad.

decir que el marido es señor de todas las acciones de la mujer, entendía las acciones relativas á los muebles que entraban en la comunidad, tanto como las acciones muebles excluidas de esta sociedad. Además, para todas las acciones había un derecho común; se dan á cualquier administrador; había, pues, que darlas al marido. ¿Quiere esto decir que al concederle las acciones mobiliares había también que darle el derecho de enajenar los objetos muebles? Hemos dicho ya que de uno de estos derechos no se puede inducir el otro; el mismo texto del Código lo prueba. El tutor puede intentar las acciones inmobiliares con la autorización del consejo de familia, mientras que no puede enajenar los inmuebles sino con la homologación del Tribunal. El art. 1,428 debe apartarse; la redacción está incompleta, aun en lo que se refiere á las acciones, y está incompleta en lo que se refiere al derecho de enajenar. Hay que abandonar el texto y ocurrir á los principios. (1)

164. Se pretende que el Código ha mantenido la doctrina tradicional en cuanto al derecho de enajenar los muebles, como la ha mantenido para el derecho de intentar las acciones mobiliares. Aquí la cuestión se vuelve exclusivamente una cuestión de textos. Vamos á recorrerlos.

Los enviados en posesión provisional tienen la administración de los bienes del ausente. Son aun más que administradores. Herederos presuntos administran bienes que, según probabilidades, les pertenecen ya. ¿Les da la ley el derecho de enajenar los objetos muebles? El art. 126 dice que «el tribunal ordenará, si hay lugar, vender todo ó parte de los muebles.» Los enviados no tienen, pues, el derecho de disponer; el tribunal es quien ordena la venta si hay lugar. Si el tribunal no lo ordena los enviados no pueden vender.

El tutor es también administrador (art. 450). ¿Tiene con este carácter el derecho de enajenar los muebles del menor?

1 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 165, núm. 71 *bis* IX.

El art. 452 dice que el tutor *hará* vender todos los muebles otros que el consejo de familia le hubiese autorizado á conservar en naturaleza. Esta es una obligación legal, no es un derecho.

El menor emancipado no tiene, en principio, sino el derecho de hacer actos de pura administración. Según el artículo 484, no puede vender sus inmuebles. ¿Puede vender sus muebles? Se ha inducido que sí, por argumento *á contrario* del art. 484; poco nos importa, buscamos textos que den á un admsnistrador el derecho de enajenar. Aunque el menor emancipado tuviese este derecho, no se podría concluir nada de esto, pues no es administrador del patrimonio ajeno, es propietario, y no se concibe que la ley diese al propietario un derecho que niega al administrador. Pero la ley ni siquiera reconoce el derecho de enajenar al menor emancipado; si se le concede, es arguyendo del silencio de la ley, y el argumento *á contrario* no es seguramente un texto.

La mujer separada de bienes vuelve á tomar la libre administración de sus bienes, dice el art. 1,449, y después agrega que puede disponer de sus muebles y enajenarlos. Hé aquí la única disposición que reconoce el derecho de enajenar los muebles á una persona incapaz que no tiene derecho de enajenar inmuebles y que sólo tiene un poder de administración. Pero hay que notar que la mujer separada de bienes es propietaria, que tiene el libre goce de sus bienes; es únicamente por su calidad de mujer casada por lo que necesita la autorización marital, y es por esta razón enteramente especial por lo que la ley deroga, en este caso, el poder marital. Esto no tiene nada de común con la cuestión que examinamos, la de saber si hay un texto que dé al administrador de bienes ajenos el derecho de enajenar.

Hay todavía una disposición que trata del derecho de enajenar las cosas muebles á propósito de un administrador, es el art. 1,860, según el cual el socio que no es administrador

no puede enajenar ni comprometer las cosas, aun muebles, que dependen de la sociedad. Probaremos, en el título que es el sitio de la materia, que esta disposición confirma el principio que hemos establecido, á saber, que la enajenación de los objetos muebles no pertenece á aquellos que sólo tienen un poder de administración. (1)

165. La cuestión que discutimos tiene poca importancia para la comunidad legal. Sólo se presenta en la práctica cuando los esposos han excluido de la comunidad todo ó parte de sus muebles. Volveremos á ocuparnos de ella al tratarse de las cláusulas de realización.

§ III.—De la responsabilidad del marido.

166. El art. 1,428 establece el principio de la responsabilidad del marido (núm. 126). No dice cuál es el grado de la culpa por la que responde. Los autores antiguos que daban una gran importancia á la teoría de las culpas, son más precisos. D'Argentré dice que el marido responde por las faltas graves y por la falta leve; (2) lo que en el lenguaje del Código quiere decir que el marido es responsable cuando no administra los bienes de la mujer con el cuidado de un buen padre de familia (art. 1,137). A primera vista, este principio parece contrario al art. 1,992. El marido, como administrador, es un mandatario legal. ¿Y qué dice el artículo 1,992 de la responsabilidad del mandatario? Regla general, responde por la falta leve, pero la ley agrega que la responsabilidad se aplica menos rigurosamente á aquel cuyo mandato es gratuito que al que recibe un salario. Y el marido administra gratuitamente; si percibe los frutos no es

1 Esta es la opinión de la mayor parte de los autores modernos. Véanse las citaciones en Aubry y Rau, t. V, pág. 459, nota 33. Debe agregarse Mourlón, t. III. pág. 58, núm. 144, y Colmet de Santerre, t. VI, pág. 165, núm. 71 bis IX. Compárese Casación, 17 de Diciembre de 1872 (Dalloz, 1873, 1, 154.) La Corte no decide la cuestión terminantemente.

2 D'Argentré, *Costumbre de Bretaña*, art. 34, núm. 29, pág. 118 (edición de 1661).

como administrador, es como jefe de la comunidad, y los recibe para ayudarle á soportar los cargos del matrimonio. En calidad de mandatario gratuito sólo debiera responder de la falta menor que la leve, en virtud del art. 1,992. Sin embargo, creemos que debe mantenerse la fórmula D'Argentré. El Código es más severo para los administradores legales que para los mandatarios. Así el tutor responde por la falta leve (arts. 450 y 1,137); lo mismo debe suceder con el marido. Esta severidad se explica: la ley es quien encarga al tutor con el mandato de administrar, no es el mandante quien lo escoge; la ley debió, pues, imponerle una responsabilidad más rigurosa. No insistiremos; la cuestión de las culpas tiene de hecho poca importancia, porque los jueces deciden, no por la teoría sino según las circunstancias de la causa.

167. El marido es también usufructuario. ¿Debe con este título dar caución para gozar y administrar como buen padre de familia? Nó, es como jefe de la comunidad como goza de las rentas de la mujer, y con este título no es responsable; si lo es como administrador sólo resulta una consecuencia, es que debe los daños y perjuicios; pero no se le puede sujetar á caucionamiento, puesto que la ley no le impone esta obligación. El Código no tiene regla fija en esta materia: obliga á los enviados en posesión provisional á dar caución (art. 120), mientras que los tutores y el marido no están obligados á darla. (1)

168. Ha sido sentenciado que el marido es responsable cuando no hace, en el plazo prescripto por la ley, la declaración de las sucesiones vencidas á la mujer, y que responde por la insuficiencia de su declaración. En consecuencia, la Corte ha quitado de su cuenta los derechos dobles y además el derecho por razón de estas contravenciones. (2)

1 Nimes, 2 de Mayo de 1807 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 1,385.

2 Burdeos, 8 de Febrero de 1843 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 1,385.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®

no puede enajenar ni comprometer las cosas, aun muebles, que dependen de la sociedad. Probaremos, en el título que es el sitio de la materia, que esta disposición confirma el principio que hemos establecido, á saber, que la enajenación de los objetos muebles no pertenece á aquellos que sólo tienen un poder de administración. (1)

165. La cuestión que discutimos tiene poca importancia para la comunidad legal. Sólo se presenta en la práctica cuando los esposos han excluido de la comunidad todo ó parte de sus muebles. Volveremos á ocuparnos de ella al tratarse de las cláusulas de realización.

§ III.—De la responsabilidad del marido.

166. El art. 1,428 establece el principio de la responsabilidad del marido (núm. 126). No dice cuál es el grado de la culpa por la que responde. Los autores antiguos que daban una gran importancia á la teoría de las culpas, son más precisos. D'Argentré dice que el marido responde por las faltas graves y por la falta leve; (2) lo que en el lenguaje del Código quiere decir que el marido es responsable cuando no administra los bienes de la mujer con el cuidado de un buen padre de familia (art. 1,137). A primera vista, este principio parece contrario al art. 1,992. El marido, como administrador, es un mandatario legal. ¿Y qué dice el artículo 1,992 de la responsabilidad del mandatario? Regla general, responde por la falta leve, pero la ley agrega que la responsabilidad se aplica menos rigurosamente á aquel cuyo mandato es gratuito que al que recibe un salario. Y el marido administra gratuitamente; si percibe los frutos no es

1 Esta es la opinión de la mayor parte de los autores modernos. Véanse las citaciones en Aubry y Rau, t. V, pág. 459, nota 33. Debe agregarse Mourlón, t. III. pág. 58, núm. 144, y Colmet de Santerre, t. VI, pág. 165, núm. 71 bis IX. Compárese Casación, 17 de Diciembre de 1872 (Dalloz, 1873, 1, 154.) La Corte no decide la cuestión terminantemente.

2 D'Argentré, *Costumbre de Bretaña*, art. 34, núm. 29, pág. 118 (edición de 1661).

como administrador, es como jefe de la comunidad, y los recibe para ayudarle á soportar los cargos del matrimonio. En calidad de mandatario gratuito sólo debiera responder de la falta menor que la leve, en virtud del art. 1,992. Sin embargo, creemos que debe mantenerse la fórmula D'Argentré. El Código es más severo para los administradores legales que para los mandatarios. Así el tutor responde por la falta leve (arts. 450 y 1,137); lo mismo debe suceder con el marido. Esta severidad se explica: la ley es quien encarga al tutor con el mandato de administrar, no es el mandante quien lo escoge; la ley debió, pues, imponerle una responsabilidad más rigurosa. No insistiremos; la cuestión de las culpas tiene de hecho poca importancia, porque los jueces deciden, no por la teoría sino según las circunstancias de la causa.

167. El marido es también usufructuario. ¿Debe con este título dar caución para gozar y administrar como buen padre de familia? Nó, es como jefe de la comunidad como goza de las rentas de la mujer, y con este título no es responsable; si lo es como administrador sólo resulta una consecuencia, es que debe los daños y perjuicios; pero no se le puede sujetar á caucionamiento, puesto que la ley no le impone esta obligación. El Código no tiene regla fija en esta materia: obliga á los enviados en posesión provisional á dar caución (art. 120), mientras que los tutores y el marido no están obligados á darla. (1)

168. Ha sido sentenciado que el marido es responsable cuando no hace, en el plazo prescripto por la ley, la declaración de las sucesiones vencidas á la mujer, y que responde por la insuficiencia de su declaración. En consecuencia, la Corte ha quitado de su cuenta los derechos dobles y además el derecho por razón de estas contravenciones. (2)

1 Nimes, 2 de Mayo de 1807 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 1,385.

2 Burdeos, 8 de Febrero de 1843 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 1,385.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®

169. El art. 1,428 declara al marido responsable por todo desmejoramiento de los bienes personales de su mujer causados por falta de actos conservatorios. Interrumpir la prescripción es un acto conservatorio que el marido está obligado á hacer en interés de su mujer. El art. 2,254 lo dice, y decide que si la prescripción se adquiere contra la mujer por no haber sido interrumpida, la mujer tiene recurso contra su marido. Sin embargo, los autores agregan una reserva que resulta del mismo principio de la responsabilidad del marido. Para que sea responsable es necesario que tenga la culpa, es decir, que no haya obrado como buen padre de familia. Y puede suceder que la prescripción se haya cumplido poco tiempo después de la celebración del matrimonio, antes que el marido haya podido tomar conocimiento de los negocios de su mujer. No tiene culpa, en este caso, por haber faltado á sus deberes como buen padre de familia, y, por lo tanto, no es responsable. (1)

170. Es igualmente responsable el marido si los deudores se vuelven insolventes y si descuidó de cobrarles mientras eran solventes. Aquí también debe hacerse una restricción: la responsabilidad es una cuestión de hecho. En seguida de la apertura de una sucesión á la que la mujer está llamada, uno de los herederos está encargado de cobrar los créditos; descuida este deber, los deudores se hacen insolventes. Fué sentenciado que el marido no respondía por esta insolvencia, porque, en el caso, no es él quien estaba obligado á promover contra el deudor. (2)

171. La mujer enajena un propio con autorización marital; el marido debe cuidar que el dinero procedente de la venta se coloque. En lugar de hacer por sí el empleo del precio da mandato á su mujer para hacerlo según le con-

1 Véanse los testimonios en el *Repertorio* de Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núms. 1,386 y 1,387.

2 Denegada, 31 de Marzo de 1824 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 1,391).

venga. Hemos dicho más atrás cuál es el efecto de este mandato (núm. 104). La Corte de Casación resolvió que el marido, siendo responsable de la administración de los bienes, no podía substraerse á esta responsabilidad descargándose de su gestión en su mujer; responde por la falta de empleo, á reserva de ver si tiene acción contra el mandatario. (1)

§ IV.—Derechos de la mujer.

172. La mujer no tiene ningún derecho en los bienes comunes durante la comunidad. No así con sus bienes propios; conserva su propiedad, luego puede disponer de ellos á título oneroso ó á título gratuito, sólo que, como es incapaz, debe estar autorizada. La autorización de justicia tiene un efecto menos extenso que la del marido. La justicia sólo puede autorizar á la mujer para enajenar la nuda propiedad de sus bienes, el goce perteneciente á la comunidad; mientras que el marido puede renunciar á este goce y autorizar á la mujer para enajenar toda la propiedad de sus bienes. El marido puede tener interés en ello, la nuda propiedad se vende mal, y ordinariamente es por interés del marido por lo que la mujer enajena sus propios; el marido está, pues, interesado en que la venta se haga en las condiciones más favorables; encontrará en el precio del que tiene el goce y la disposición una compensación á la pérdida que él hace renunciando al goce del inmueble.

Hay que aplicar á la hipoteca lo que decimos de la venta, la hipoteca siendo una enajenación parcial. La mujer obliga también sus bienes cuando se obliga con autorización del marido ó de justicia, y aun sin autorización cuando está obligada por un delito ó por un cuasicontrato. Pero sin autorización marital sólo obliga á la nuda propiedad de sus bienes cuando obra con autorización del marido, la deuda

1 Denegada, 8 de Febrero de 1853 (Dalloz, 1853, 1, 33).

cae en el pasivo de la comunidad, y, por consiguiente, el acreedor tiene acción en el goce de los propios de la mujer.

Hay una acta para la que la mujer no necesita de ninguna autorización, aunque por esta acta disponga de toda la propiedad de sus bienes, ésta es el testamento; hemos dicho en otro lugar por qué la ley permite á la mujer testar sin estar autorizada.

173. Del principio que la mujer conserva la propiedad de sus bienes personales resulta que los acreedores del marido ó de la comunidad no pueden embargarlos, ni los muebles ni los inmuebles. Como los bienes de la mujer están confundidos con los de la comunidad puede suceder que los acreedores embarguen unos y otros. La mujer podrá, en este caso, pedir la distracción de sus bienes personales conforme á las reglas del Código de Procedimientos (art. 727). (1)

174. La mujer no tiene la administración de sus bienes personales. ¿Quiere decir esto que esta administración le sea extraña, tanto como la de la comunidad? No, seguramente, el texto mismo del Código marca la diferencia; el artículo 1,421 dice que el marido administra *solo* los bienes de la comunidad, mientras que el art. 1,428 sólo dice que el marido tiene la administración de los bienes personales de la mujer. En nuestra opinión, la mujer ni siquiera puede intervenir en la administración de la comunidad; por ejemplo, en una donación que el marido quisiera hacer de una ganancial (núm. 21); mientras que la ley no impide que la mujer intervenga en la gestión de su propio patrimonio; el art. 1,429 implica, al contrario, que lo puede hacer; el marido *solo* no puede hacer más que un arrendamiento de administración; con el concurso de la mujer puede hacer un contrato de disposición.

175. ¿La mujer, con autorización del marido, podría ha-

1 Colmar, 24 de Enero de 1832 (Dalloz, en la palabra *Sucesiones*, núm. 1,622). La sentencia no está relatada por entero.

cer un acto de administración que el marido hubiese descuidado de hacer? No hay ninguna duda en cuanto á los actos conservatorios. Los incapaces pueden hacer estos actos, luego también la mujer casada, puesto que es á consecuencia del poder marital por lo que pierde la administración de sus bienes. Ha sido resuelto que la mujer puede, como todos los acreedores de su marido, oponerse á que una partición se haga fuera de su presencia. (1)

Se admite también que la mujer puede intervenir en las instancias judiciales emprendidas por su marido. Esto es de tradición. Dumoulín decía que la mujer autorizada por la justicia puede intervenir, á pesar de su marido, para evitar la colusión entre su marido y el demandado, luego para la conservación de sus derechos. La autoridad del gran jurisconsulto había hecho adoptar esta opinión como una regla. (2)

¿No deberá irse más allá y permitir á la mujer promover cuando el marido descuida de hacerlo? Aquí también podemos invocar el texto. El art. 1,428 dice que el marido puede ejercer *solo* las acciones mobiliares y posesorias de la mujer. Esto significa que el marido puede promover sin el concurso de su mujer. Cuando la ley quiere excluir á la mujer se expresa de otro modo: el art. 1,421 dice que el marido *solo* tiene la administración de los bienes de la comunidad. El art. 1,549 dice que el marido administra *solo* los bienes dotales bajo el régimen dotal, que *solo* tiene el derecho de demandar á los deudores y detentadores. Todo cuanto resulta del art. 1,428 es que el concurso de la mujer no es necesario para que el marido pueda promover. Pero si el marido no promueve ¿por qué no había de hacerlo la mujer? La administración es una obligación impuesta al mari-

1 Turín, 9 de Enero de 1,811 (Dalloz, en la palabra *Sucesión*, núm. 1,597). La sentencia no fué relatada entera.

2 Ferrière, *Comentario acerca de la costumbre de París*, art. 223, glosa únicos, núm. 6.

do en interés de la mujer, no es un derecho que establece la ley en favor del marido. Si éste descuida promover la mujer debe tener derecho de cuidar por sí misma de sus intereses. Esta es la opinión general. (1) Y lo que es verdad para las acciones lo es para cualquier acto de administración.

SECCION V.—De la disolución de la comunidad.

Artículo 1.° De las causas de la disolución.

§ 1.° —La muerte.

176. El art. 1,441 dice: "La comunidad se disuelve: 1.° por la muerte natural." La muerte disuelve el matrimonio, luego debe disolverse la comunidad que es una consecuencia del matrimonio. Es verdad que las convenciones persisten en general después de la muerte de los contratantes; pero este principio recibe excepción para los contratos que sólo se forman por consideraciones personales. Tal es la sociedad (art. 1,865, 3.°) Tal debe también ser la comunidad, la sociedad de bienes confundiéndose con la sociedad de personas.

Según el art. 1,441, la comunidad se disuelve también por la muerte civil. Se sabe que la muerte civil está abolida en Bélgica por nuestra constitución, y en Francia por la ley de 31 de Mayo de 1854.

Hay un hecho que se asimila algunas veces á la muerte, es la ausencia. La ausencia no disuelve la comunidad, puesto que no disuelve el matrimonio; sin embargo, las medidas que la ley prescribe en interés de los herederos presuntos del ausente, traen un grave ataque á las convenciones matrimoniales. Después de la declaración de ausencia, el esposo está llamado á pronunciarse, ya sea para la continuación provisional de la comunidad, ya para la disolución provisional. La comunidad está mantenida provisionalmente si el esposo presente opta por la continuación, pero este estado de cosas cesa cuando los herederos piden el envío definitivo. En este caso se reparten los bienes del ausente como se haría si hubiese muerto. La comunidad se liquida y divide. Sin embargo, cesa de hecho más bien que de derecho: si el ausente volviera la comunidad continuaría como si nunca se hubiese repartido. Transladamos por estos puntos al título de la *Ausencia*.

1 Durantón, t. XIV, pág. 433, núm. 317. Rodiére y Pont, t. II, pág. 197, núm. 906.

Núm. 1. De la obligación impuesta al esposo supérstite de hacer inventario.

177. El art. 1,442 dice que la falta de inventario después de la muerte de uno de los esposos no da lugar á la continuación de la comunidad. Esta disposición se relaciona al derecho antiguo que tiene por objeto abrogar. Según la mayor parte de las costumbres, la comunidad continuaba entre el esposo supérstite y los hijos menores del esposo difunto cuando el supérstite no había hecho inventario. No que esta continuación fuese de derecho plena, era una facultad para los hijos; la comunidad, en realidad, estaba disuelta por la muerte del padre ó de la madre, pero los hijos, á falta de inventario, tenían el derecho de mantenerla contra el esposo supérstite. (1) Decimos contra él, pues era á título de pena como continuaba la comunidad, y por una singular excepción. ¿Puede concebirse que haya comunidad, es decir, sociedad entre esposos á consecuencia del matrimonio cuando no hay ya matrimonio y que ha muerto uno de los socios? ¿Por qué permitían las costumbres que los hijos continuaran la comunidad? Esto era á título de pena, se de-

1 Tal era también el derecho antiguo en Bélgica. Gante, 11 de Agosto de 1851 (*Pasicrisia*, 1851, 2, 341).

do en interés de la mujer, no es un derecho que establece la ley en favor del marido. Si éste descuida promover la mujer debe tener derecho de cuidar por sí misma de sus intereses. Esta es la opinión general. (1) Y lo que es verdad para las acciones lo es para cualquier acto de administración.

SECCION V.—De la disolución de la comunidad.

Artículo 1.° De las causas de la disolución.

§ 1.° —La muerte.

176. El art. 1,441 dice: "La comunidad se disuelve: 1.° por la muerte natural." La muerte disuelve el matrimonio, luego debe disolverse la comunidad que es una consecuencia del matrimonio. Es verdad que las convenciones persisten en general después de la muerte de los contratantes; pero este principio recibe excepción para los contratos que sólo se forman por consideraciones personales. Tal es la sociedad (art. 1,865, 3.°) Tal debe también ser la comunidad, la sociedad de bienes confundiéndose con la sociedad de personas.

Según el art. 1,441, la comunidad se disuelve también por la muerte civil. Se sabe que la muerte civil está abolida en Bélgica por nuestra constitución, y en Francia por la ley de 31 de Mayo de 1854.

Hay un hecho que se asimila algunas veces á la muerte, es la ausencia. La ausencia no disuelve la comunidad, puesto que no disuelve el matrimonio; sin embargo, las medidas que la ley prescribe en interés de los herederos presuntos del ausente, traen un grave ataque á las convenciones matrimoniales. Después de la declaración de ausencia, el esposo está llamado á pronunciarse, ya sea para la continuación provisional de la comunidad, ya para la disolución provisional. La comunidad está mantenida provisionalmente si el esposo presente opta por la continuación, pero este estado de cosas cesa cuando los herederos piden el envío definitivo. En este caso se reparten los bienes del ausente como se haría si hubiese muerto. La comunidad se liquida y divide. Sin embargo, cesa de hecho más bien que de derecho: si el ausente volviera la comunidad continuaría como si nunca se hubiese repartido. Transladamos por estos puntos al título de la *Ausencia*.

1 Durantón, t. XIV, pág. 433, núm. 317. Rodiére y Pont, t. II, pág. 197, núm. 906.

Núm. 1. De la obligación impuesta al esposo supérstite de hacer inventario.

177. El art. 1,442 dice que la falta de inventario después de la muerte de uno de los esposos no da lugar á la continuación de la comunidad. Esta disposición se relaciona al derecho antiguo que tiene por objeto abrogar. Según la mayor parte de las costumbres, la comunidad continuaba entre el esposo supérstite y los hijos menores del esposo difunto cuando el supérstite no había hecho inventario. No que esta continuación fuese de derecho plena, era una facultad para los hijos; la comunidad, en realidad, estaba disuelta por la muerte del padre ó de la madre, pero los hijos, á falta de inventario, tenían el derecho de mantenerla contra el esposo supérstite. (1) Decimos contra él, pues era á título de pena como continuaba la comunidad, y por una singular excepción. ¿Puede concebirse que haya comunidad, es decir, sociedad entre esposos á consecuencia del matrimonio cuando no hay ya matrimonio y que ha muerto uno de los socios? ¿Por qué permitían las costumbres que los hijos continuaran la comunidad? Esto era á título de pena, se de-

1 Tal era también el derecho antiguo en Bélgica. Gante, 11 de Agosto de 1851 (*Pasicrisia*, 1851, 2, 341).

cía; una pena en el sentido del derecho civil; es decir, unos daños y perjuicios resultantes de la falta del esposo supérstite; no habiendo éste hecho inventario era muy difícil que los hijos menores estableciesen la consistencia de la comunidad, y, por consiguiente, sus derechos en ella quedaban comprometidos y podían ser lesionados. (1) De ahí una acción por daños y perjuicios.

Los autores del Código Civil que siguen generalmente la tradición en la materia de la comunidad, se apartaron de ella en este punto. ¿Por qué razón? La continuación de la comunidad daba lugar á dificultades y á contestaciones entre los hijos y el supérstite de los padres, en el frecuente caso en que éste contraía segundas nupcias; se formaba entonces una nueva comunidad á consecuencia del segundo matrimonio y, sin embargo, la comunidad con los hijos del primero seguía aún. Ambas comunidades se confundían en una sola que se llamaba *tripartita*, porque se dividía en tres personas: el esposo supérstite, los hijos del primer matrimonio y el segundo cónyuge. Este enlazamiento de ambas comunidades, teniendo cada una su pasivo y su activo, sus compensaciones, sus reportes y sus devoluciones, era una mina de pleito. Esto era resguardar bastante mal los intereses de los hijos, el tenerlos en una sociedad tan complicada y en procesos casi inevitables con su padre ó madre. (2) Además, y esto es un punto decisivo, la continuación de la comunidad chocaba con todos los principios de derecho y de justicia. Esto es lo que el orador del Gobierno expuso muy bien. Se quería castigar al esposo supérstite por haber descuidado de hacer inventario. Toda pena supone una falta. ¿Había necesariamente falta por el solo hecho de no firmar inventario? Si el supérstite no lo hacía, era muy frecuentemente por ignorancia ó para evitar gastos

1 Pothier, *De la comunidad*, núm. 771.
2 Rodière y Pont, t. II, pág. 273, núm. 992.

cuando el activo de la comunidad era módico; y como las pequeñas sucesiones forman la mayor parte de éstas, la pena caía ordinariamente en padres que no eran culpables. La continuación de la comunidad hería los principios de derecho tanto como la equidad; era una injustificable anomalía: una sociedad que se disuelve y que se continúa, una sociedad que el supérstite contraía sin querer y muchas veces sin saberlo. (1)

178. Había un medio más sencillo de garantizar los intereses de los hijos y de todos aquellos que están interesados en que la consistencia de la comunidad fuera exactamente comprobada: esto es permitirles establecer la consistencia del mobiliar no inventariado por todas las vías de derecho, aun la fama pública. Tal es el sistema del Código: agrega á esto una doble pena cuando hay hijos menores. Primero, el supérstite está decaído del usufructo legal; esto es á la vez una ventaja pecuniaria para los hijos. Después, si éstos sufren un perjuicio por la falta de inventario, pueden reclamar daños y perjuicios, no sólo contra su padre ó su madre sino también contra el subrogado tutor.

179. ¿En qué plazo debe hacer el inventario el esposo supérstite para no incurrir en las penas que la ley señala á la falta de inventario? El art. 1,442 no prescribe plazo. De ahí una grave dificultad. De que la ley no dice que el inventario debe hacerse desde luego ¿debe concluirse que siempre se podrá hacer? Esto es absurdo, se dice, y en oposición con el espíritu de la ley. ¿Por qué quiere la ley que haya un inventario? Porque es el único medio de impedir que el mobiliar de la comunidad se disipe ó dilapide en perjuicio de los herederos del esposo difunto y en detrimento de los acreedores. Se necesita, pues, un inventario; pero para que éste sea una garantía, es preciso que se haga inmediatamente. Si se le puede hacer pasado años será imposible comprobar de una manera segura la consistencia del mo-

1 Berlier, *Exposición de los motivos*, núm. 15. (Locré, t. VI, pág. 392).

biliar de la comunidad, aunque se supiera que no hay ningún descuido, ningún dolo, las más veces será muy difícil y quizá imposible distinguir el mobiliar de la comunidad del mobiliar propio del esposo supérstite. Un inventario tardío no ofrece ninguna garantía. En derecho nada hay más seguro. Se concluye de esto que el inventario debe hacerse en el plazo ordinario que la ley prescribe, el de tres meses; en este plazo que los sucesibles deben hacer el inventario, es también en el mismo plazo que la viuda debe hacer inventario si quiere conservar la facultad de renunciar la comunidad (art. 1,456). En el derecho antiguo las costumbres habían descuidado prescribir el plazo en el que el supérstite puede hacer inventario para impedir la continuación de la comunidad. El uso, dice Pothier, lo fijó en tres meses: ¿no es natural pensar que los autores del Código se han atenido á este uso? (1)

Tal es la opinión que se sigue generalmente. (2) No obstante, quedan muchas inseguridades en la doctrina, y la jurisprudencia está dividida. Hay autores que aplican el artículo 451, según el cual el tutor debe proceder á hacer inventario en los diez días. (3) Esta opinión es inadmisible, nada hay de común entre el inventario del tutor y el inventario del art. 1,442. Proudhón tiene otro sistema que está aislado; es inútil exponerlo y combatirlo, puesto que nadie le hace caso. Creemos que no pertenece al intéprete establecer un plazo fatal en el que una formalidad debe ser cumplida bajo pena de decaimiento, pues se trata de un decaimiento y de disposiciones penales; esto es lo que parecen haber olvidado los partidarios de la opinión general; (4) la prueba

1 Pothier, *De la comunidad*, núm. 795.
2 Aubry y Rau, t. V, pág. 383, nota 2, pfo. 515. Colmet de Santerre, t. VI, pág. 228, núm. 89 *bis* III.
3 Toullier, t. VII, 1, pág. 20, núm. 16. En sentido contrario, Odier, t. I, pág. 341, núm. 364.
4 Troplong discute largamente la cuestión (núms. 1,290-1,295) y no dice una palabra del motivo que hace la cuestión dudosa.

por fama pública está admitida á título de pena; la pérdida del usufructo es una pena, y también es una pena la responsabilidad solidaria del subrogado tutor. ¿Y puede haber una pena sin que esté pronunciada por la ley? El art. 1,442 establece, es verdad, las penas que acabamos de relatar; las liga á la falta de inventario, pero no dice que se incurren por el solo hecho de no haber hecho el inventario en los tres meses. Esto es agregar á la ley y agravar la pena, el fijar un plazo en el que se incurrirá. En todo caso, esto es una disposición puramente arbitraria que el legislador sólo puede prescribir. ¿Por qué tres meses más bien que diez días? Ambos plazos se encuentran en el Código: ¿por qué la doctrina y la jurisprudencia adoptan el plazo de tres meses? Puede haber buenas razones en teoría, pero estas razones se dirigen al legislador.

Se dice que esta opinión conduce al absurdo. ¿Evitará el esposo supérstite las penas del art. 1,442 haciendo un inventario pasados seis años, es decir, un inventario derisorio? Hay acerca de esta cuestión una excelente sentencia de la Corte de Bourges que contesta la objeción tanto como es posible contestarla. En el caso se trataba del decaimiento del usufructo legal que se reclamaba contra el padre por no haber procedido á hacer inventario en el plazo de tres meses. El usufructo legal, dice la Corte, es uno de los atributos del poder paterno y es de gran interés social conservar este poder intacto. Es seguro que la privación del usufructo tiene por resultado apocar, en cierta medida, la autoridad paterna: se castiga al padre en provecho del hijo. Bajo el punto de vista moral, la pena es muy grave; no se debe, pues, pronunciarla sino con la mayor circunspección. Y toda pena supone una falta; ¿la había cometido el padre por el solo hecho de no haber hecho inventario en un plazo que la ley no prescribe? La justicia criminal no titubeaba en res-

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

ponder negativamente. Y los principios son idénticos: el juez civil no puede, así como el juez criminal, establecer penas que la ley no pronuncia. ¿Qué debe decirse, en el silencion del Código, acerca del plazo en el que debe hacerse el inventario? El juez debe comprobar que la falta de inventario ha causado un perjuicio á los menores ó demás partes interesadas; si hubo perjuicio, hay culpa y, por lo tanto, la pena debe ser pronunciada. Si no hay perjuicio no hay culpa, y sin ésta no puede haber pena. ¿Se dirá que esto conduce á un círculo vicioso? ¿Cómo comprobar que hay perjuicio? Habría que comprobar la consistencia del mobiliar; y el único medio para esto es el inventario. La Corte de Bourges contesta que el juez decidirá según las circunstancias de la causa. No bastará que el supérstite haga un inventario en una época cualquiera para substraerse á las penas del artículo 1,442; si por el largo tiempo que pasó entre la defunción y el inventario se operó la confusión de bienes que quiso evitar el legislador, el tribunal podrá no tener en cuenta el inventario, puesto que este inventario no responde á la intención de la ley y, por consiguiente, declarará al padre decaído del usufructo legal. En el caso, el padre había hecho un inventario á los cuatro meses de la defunción; la sinceridad y exactitud del inventario no eran discutidas; no había, pues, falta de hecho, y de derecho no había violación de la ley, puesto que ésta no prescribe un plazo fatal. (1) Se ve que hay casos en los que se sentiría que hubiese un plazo fatal; sin embargo, preferiríamos que el Código hubiera fijado un plazo, hubiera evitado lo arbitrario del juez; y las buenas leyes, dice Bacón, son las que dejan menos al arbitrio de aquel que las aplica.

180. Se supone que no se hizo inventario en los tres meses, las penalidades del art. 1,442 están incurridas: ¿Puede

1 Bourges, 14 de Febrero de 1859 (Dalloz, 1860, 2, 52). En el mismo sentido, Mourlón, t. III, pág. 80, núm. 185).

el juez relevar de dichas penas al esposo supérstite? En teoría, es seguro que el juez no tiene este derecho cuando un plazo es fatal; y si se admite que el inventario debe hacerse en los tres meses, es difícil no admitir que este plazo no sea fatal. (1) Pero la cuestión de legalidad es otra. Si un tribunal decidiera, como lo hizo la Corte de Bourges, que el padre no incurrió en las penas porque no tenía culpa ¿habría lugar á casación? No vemos cómo pudiera casarse una decisión por violación de la ley cuando no hay ley. Esto es también un argumento contra la opinión que acabamos de combatir, y nos parece decisivo. Se pretende que hay un plazo legal en el que el inventario debe hacerse, y la Corte de Casación no podría casar una sentencia que decidiera que las penas no han sido incurridas aunque el inventario no haya sido hecho en el pretendido plazo legal. (2) La jurisprudencia de las cortes de Apelación se pronuncia contra el decaimiento absoluto. Fué sentenciado que el decaimiento no debe ser pronunciado cuando no hay culpa que reprochar al padre supérstite; en el caso, el inventario no había sido hecho en el plazo de tres meses, pero este retardo de algunos días era debido á un impedimento del notario; además, la sentencia comprobaba que todo se había hecho con gran fidelidad. (3) Las mismas cortes que deciden en principio que el inventario debe ser hecho en los tres meses, admiten una reserva: El juez, dice la Corte de Orleáns, podría no pronunciar el decaimiento del usufructo si el retardo en la confección del inventario pudiera atribuirse á circunstancias de fuerza mayor. (4) De esto, á admitir que el esposo supérstite no está decaído cuando no tiene culpa, no hay mucha distancia.

1 Bourges, 14 de Febrero de 1859 (Dalloz, 1860, 2, 52). En el mismo sentido, Mourlón, t. III, pág. 80, núm. 185).
2 Rodière y Pont, t. II, pág. 292, núm. 1,006.
3 Caen, 18 de Agosto de 1842 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 1,609).
4 Orleáns, 7 de Marzo de 1863 (Dalloz, 1,863, 2, 100).

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

181. El art. 1,442 pronuncia penas para la falta de inventario; la ley no dice que el inventario debe ser regular y fiel, pero no necesita decirlo porque esto es de la esencia del inventario. De ordinario, el Código lo dice así: el artículo 1,456 prescribe á la viuda que quiere conservar la facultad de renunciar á la comunidad el hacer inventario *fiel y exacto*, y quiere además que dicho invensario se afirme por ella ser sincero y verdadero. Un inventario inexacto, infiel, sólo es pedazo de papel hecho para engañar á las partes interesadas, mientras que el objeto de la ley es garantizar sus intereses. La tradición está en este sentido. Las costumbres exigían un inventario para impedir la continuación de la comunidad. Este inventario, dice Pothier, debe ser fiel y contener todos los efectos de la comunidad que son del conocimiento del supérstite. El fin que la costumbre se propone al exigir un inventario, siendo el de comprobar la parte que tienen los hijos en los bienes comunes, es evidente que el supérstite no llena este propósito con un inventario infiel. Pothier extrañó con justicia que lo contrario haya podido decirse; sin embargo, con el espíritu de equidad que lo distingue agrega una reserva. Si las omisiones del inventario no son maliciosas, los efectos omitidos habiendo podido escapar á la memoria del supérstite, el inventario no dejará de ser valido á reserva de hacer un suplemento de inventario. Las leyes, dice Pothier, no obligan á lo imposible. (1) Al juez toca apreciar si la omisión es fraudalenta ó si es excusable. (2)

Núm. 2. De la prueba del mobiliar no inventariado.

182. Según el art. 1,442, la falta de inventario autoriza á las partes interesadas para dar la prueba de la consistencia de los bienes de la comunidad, tanto por títulos como por la fama pública. Es inútil decir que la prueba puede hacerse por títulos, puesto que tal es el derecho común. Cuando la ley admite la fama pública, agrega ordinariamente que la prueba puede hacerse por testigos (art. 1,415). El art. 1,442 no habla de la prueba testimonial; de ahí un ligero motivo de duda. Se pudiera decir que aquellos que tienen derecho de requerir el inventario, habiendo podido procurar una prueba por título, no deben admitirse á la prueba testimonial (art. 1,348). Sin embargo, debe seguirse la opinión contraria. Admitir la fama pública es admitir implícitamente la prueba por testigos, puesto que la fama pública es una información; sólo que en lugar de declaración por aquellos que lo saben por haberlo visto, los testigos vienen á relatar lo que han oído decir; si el juez puede decidir por díceres, con más razón debe creer en los testimonios de aquellos que dicen haber visto, (1)

183. ¿Quién es admitido á probar por testigos ó por la fama pública? El art. 1,442 responde que las partes interesadas. La expresión es general; comprende á los herederos del esposo difunto, á los terceros acreedores de la comunidad y á todos aquellos que tienen interés en conocer la consistencia y el valor mueble de la comunidad. Tal es también el espíritu de la ley; quiere dar una garantía á todos los que tienen un derecho en los bienes comunes; el esposo supérstite que no hace inventario está en falta para con todos ellos, luego todos los interesados pueden invocar la prueba por testigos ó por fama pública. Es en este sentido en el que Duveyrier, el relator del Tribunado, dijo: las partes interesadas *sin distinción*. (2)

Sin embargo, hay una sentencia que decide que los hijos menores pueden solos prevalerse del beneficio del artículo

1 Pothier, *De la comunidad*, núm. 793.
2 Aubry y Rau, t. V, pág. 385, notas 11 y 12. Rodière y Pont, t. II, página 291, núm. 1,004.

1 Toullier, t. VII, 1, pág. 7, núm. 4.
2 Duveyrier, *Informe* núm. 34 (Locré, t. VI, pág. 423.)

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

181. El art. 1,442 pronuncia penas para la falta de inventario; la ley no dice que el inventario debe ser regular y fiel, pero no necesita decirlo porque esto es de la esencia del inventario. De ordinario, el Código lo dice así: el artículo 1,456 prescribe á la viuda que quiere conservar la facultad de renunciar á la comunidad el hacer inventario *fiel y exacto*, y quiere además que dicho invensario se afirme por ella ser sincero y verdadero. Un inventario inexacto, infiel, sólo es pedazo de papel hecho para engañar á las partes interesadas, mientras que el objeto de la ley es garantizar sus intereses. La tradición está en este sentido. Las costumbres exigían un inventario para impedir la continuación de la comunidad. Este inventario, dice Pothier, debe ser fiel y contener todos los efectos de la comunidad que son del conocimiento del supérstite. El fin que la costumbre se propone al exigir un inventario, siendo el de comprobar la parte que tienen los hijos en los bienes comunes, es evidente que el supérstite no llena este propósito con un inventario infiel. Pothier extrañó con justicia que lo contrario haya podido decirse; sin embargo, con el espíritu de equidad que lo distingue agrega una reserva. Si las omisiones del inventario no son maliciosas, los efectos omitidos habiendo podido escapar á la memoria del supérstite, el inventario no dejará de ser valido á reserva de hacer un suplemento de inventario. Las leyes, dice Pothier, no obligan á lo imposible. (1) Al juez toca apreciar si la omisión es fraudalenta ó si es excusable. (2)

Núm. 2. De la prueba del mobiliar no inventariado.

182. Según el art. 1,442, la falta de inventario autoriza á las partes interesadas para dar la prueba de la consistencia de los bienes de la comunidad, tanto por títulos como por la fama pública. Es inútil decir que la prueba puede hacerse por títulos, puesto que tal es el derecho común. Cuando la ley admite la fama pública, agrega ordinariamente que la prueba puede hacerse por testigos (art. 1,415). El art. 1,442 no habla de la prueba testimonial; de ahí un ligero motivo de duda. Se pudiera decir que aquellos que tienen derecho de requerir el inventario, habiendo podido procurar una prueba por título, no deben admitirse á la prueba testimonial (art. 1,348). Sin embargo, debe seguirse la opinión contraria. Admitir la fama pública es admitir implícitamente la prueba por testigos, puesto que la fama pública es una información; sólo que en lugar de declaración por aquellos que lo saben por haberlo visto, los testigos vienen á relatar lo que han oído decir; si el juez puede decidir por díceres, con más razón debe creer en los testimonios de aquellos que dicen haber visto, (1)

183. ¿Quién es admitido á probar por testigos ó por la fama pública? El art. 1,442 responde que las partes interesadas. La expresión es general; comprende á los herederos del esposo difunto, á los terceros acreedores de la comunidad y á todos aquellos que tienen interés en conocer la consistencia y el valor mueble de la comunidad. Tal es también el espíritu de la ley; quiere dar una garantía á todos los que tienen un derecho en los bienes comunes; el esposo supérstite que no hace inventario está en falta para con todos ellos, luego todos los interesados pueden invocar la prueba por testigos ó por fama pública. Es en este sentido en el que Duveyrier, el relator del Tribunado, dijo: las partes interesadas *sin distinción*. (2)

Sin embargo, hay una sentencia que decide que los hijos menores pueden solos prevalerse del beneficio del artículo

1 Pothier, *De la comunidad*, núm. 793.
2 Aubry y Rau, t. V, pág. 385, notas 11 y 12. Rodière y Pont, t. II, página 291, núm. 1,004.

1 Toullier, t. VII, 1, pág. 7, núm. 4.
2 Duveyrier, *Informe* núm. 34 (Locré, t. VI, pág. 423.)

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

1,442. La sentencia de la Corte de Caen no tiene ninguna autoridad, porque no ha dado ningún motivo. Toullier, cuya opinión siguió la Corte, invoca el derecho antiguo. Según la costumbre de París, sólo los menores podrán pedir la continuación de la comunidad; y las sanciones del artículo 1,442 han reemplazado la que la continuación de la comunidad tenía por objeto ofrecer á los hijos menores del esposo difunto; luego los hijos mayores, y con más razón los terceros, no se deben admitir á dar la prueba de los bienes comunes por la fama pública. (1) Toullier se equivoca, todos están acordes en decirlo; si hacemos notar el error, esto es para que sirva de lección á nuestros jóvenes lectores. Se abusa del derecho antiguo, como se abusa de los trabajos preparatorios; ¡es un medio tan cómodo el hacer decir al Código otra cosa de lo que dice! ¿A qué ocurrir á la tradición cuando el texto del Código está tan claro como puede serlo? El art. 1,442 contiene dos sanciones: la primera relativa á la prueba, está establecida en favor de las partes interesadas, en general; la segunda, el decaimiento del usufructo legal, sólo está establecida en favor de los menores. El texto no deja ninguna duda, luego dejemos á un lado el derecho antiguo; en esta materia, sobre todo, se hace mal en prevalerse de él, puesto que los autores del Código se han apartado de la tradición, é innovando no debían limitarse á garantizar los intereses de los menores, debían protección á todas las partes interesadas. (2)

184. La prueba por la fama pública es la más peligrosa de las pruebas; pudiera conducir á grandes injusticias si los jueces estuvieran ligados por los dichos de los testigos. Pero es de principio que el juez no esté ligado por ninguna prueba. Si se trata de títulos, tiene derecho de interpretar-

1 Toullier, t. VII, 1, pág. 8, núm. 5. Caen, 4 de Enero de 1840 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 1,593).

2 Aubry y Rau, t. V, pág. 384, nota 6, pfo. 515, y Odier, Troplong y Marcadé

los; si se trata de testimonios, su derecho, como su deber, es apreciarlos. Las pruebas tienen por objeto ilustrar su conciencia, á él toca darles el valor que cree conveniente. El juez puede, pues, tener en cuenta las indagaciones y contra-indagaciones, puede consultar los documentos y las circunstancias de la causa, y establecer, en consecuencia, el monto de la comunidad. (1) Decimos que puede apreciar y decidir según las circunstancias de la causa, es decir, según las presunciones; en efecto, el juez puede ocurrir á las presunciones en los casos en los que la ley admite la prueba testimonial. Las presunciones tienen también sus peligros, pero ofrecen menos que los díceres, pues están entregadas á las luces y prudencia de los magistrados; mientaas que los díceres y la opinión pública proceden muchas veces de la ciega multitud de gentes ignorantes.

Núm. 3. Del decaimiento del usufructo legal.

185. «Si hay hijos menores, la falta de inventario hace perder además al esposo supérstite el goce de sus rentas» (art. 1,442). Este decaimiento alcanza al padre ó á la madre por interés de los hijos menores; él es, pues, especial, mientras que la disposición del primer inciso acerca de la prueba por fama pública es general. Los hijos están también admitidos á esta prueba contra el supérstite de sus padres, esto es el derecho común establecido en favor de todas las partes interesadas; además, dice la ley, el supérstite de los esposos pierde el usufructo legal. Descuidando de hacer el inventario causa un daño á sus hijos, sea por negligencia ó por dolo; la ley le castiga por esta falta privándolo del goce de los bienes de sus hijos. Esta privación es la vez un beneficio para los hijos, puesto que aprovecharán de las rentas que se quitan á su padre ó madre. Este beneficio reem-

1 Denegada, 26 de Enero de 1842 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 1,595). Rodiére y Pont, t. II, pág. 283, núm. 997.

plaza para ellos los daños y perjuicios. Pueden, además, reclamar los daños y perjuicios contra el supérstite de sus padres, como lo diremos más adelante; pero es muy difícil probar el fundamento de esta demanda, puesto que es necesario probar la consistencia y el valor de los bienes de la comunidad, siendo la fama pública á menudo insuficiente. Privando del usufructo al supérstite de los esposos, la ley asegura á los hijos una indemnización segura aunque algo aleatoria. Esta pena pronunciada contra el padre en provecho de sus hijos, puede aun ser injusta y lo será frecuentemente si se liga al hecho solo de no haber hecho inventario en el plazo de tres meses. La crítica que se ha hecho del antiguo derecho, puede también hacerse al derecho moderno. Castigando á los padres por no haber hecho lo que les ordena la ley, se supone que la conocen. Y ¡cuántos hay en la clase acomodada y rica que apenas saben leer y escribir! Que el legislador cuide primero de esparcir la instrucción, antes que presumir que los hombres conozcan las leyes.

186. El art. 1,442 dice: «La falta de inventario;» no dice de cuáles bienes debe hacerse inventario. Cuando se trata de la prueba por fama pública la decisión no es dudosa: se trata de los bienes de la comunidad que el esposo supérstite debe inventariar, y cuando no lo hace las partes interesadas están admitidas á establecer la consistencia por toda clase de prueba. Lo mismo pasa con el decaimiento del usufructo legal; es la falta de inventario de los bienes comunes lo que lo hace incurrir. Esto también se funda en la razón. El esposo supérstite está en posesión de la comunidad, de la que la mitad le pertenece; mientras que los herederos del esposo difunto están con derecho á poseer sus bienes, con exclusión del cónyuge; á ellos toca tomar las medidas conservatorias cuanto á los bienes que tienen que poseer. Extraño á los bienes hereditarios, el esposo supérstite no puede tener por este punto ninguna obligación.

187. Según el art. 1,442, el esposo que no hizo inventario pierde el goce de las rentas de sus hijos. ¿Cuál es este goce? Se trata del goce que el art. 384 concede á los padres en los bienes de sus hijos hasta la edad de 18 años, derecho que se llama ordinariamente usufructo legal. Este usufructo versa, en general, en los bienes de los hijos; y es también en este sentido en el que el art. 1,442 está concebido: el padre queda privado del goce de las *rentas* de sus hijos, luego de todas las rentas; así, no sólo de los bienes de la comunidad que el esposo supérstite hubiera debido inventariar, sino también de los demás bienes que ya pertenecen á los hijos ó que les advienen á la muerte del cónyuge. El texto concebido en términos generales no deja ninguna duda. (1)

188. El decaimiento del usufructo legal ¿tiene lugar de derecho pleno, ó tiene que ser pronunciado por el juez? Se dice de ordinario que no hay pena sin sentencia del juez. En materia criminal esto es seguro; pero en materia civil los decaimientos pueden resultar de las convenciones y, por consiguiente, también de la ley. Ya hemos visto un notable ejemplo al tratar de la indignidad; la ley es quien declara á los herederos indignos de heredar en los casos que determina (art. 727). Asímismo la ley es la que dice que si hay hijos menores *la falta de inventario hace perder* al esposo supérstite el goce de sus rentas. No es necesaria una sentencia que pronuncie el decaimiento. No es necesario que se pida en justicia. El padre está privado de las rentas, los hijos tienen derecho á ellas; por consiguiente, el padre queda obligado á restituirlas si las percibió. (2)

El padre privado de las rentas de los bienes de sus hijos no por esto deja de soportar los gastos de manutención y

1 Toullier, t. VIII, 1, pág. 10, núm. 7, y todos los autores
2 Toullier, t. VIII, 1, pág. 9, núm. 6. Véase una aplicación del principio en la sentencia de casación de 9 de Agosto de 1865 (Dallox, 1866, 1, 33).

educación que la ley pone á su cargo (art. 203). ¿Puede imputar estos gastos en las rentas de los hijos? La negativa nos parece segura; los gastos de manutención y de educación de los hijos deben ser soportados por los padres con esta calidad, aunque los hijos no tengan bienes; lo que es la regla general. Es verdad que si el hijo tiene bienes propios debe proveer á estos gastos, pero el art. 1,442 hace una excepción á la regla en el sentido de que el padre nunca puede aprovechar de las rentas de los hijos cuando la ley se las ha quitado, y las aprovecharía indirectamente si pudiera imputar en las rentas los gastos que la ley pone á su cargo. (1)

Núm. 4. Responsabilidad del subrogado tutor.

189. El art. 1,442 contiene, además, una tercera sanción de la obligación que impone al esposo supérstite de hacer inventario: dispone que el subrogado tutor que no le obligó á que lo hiciera está solidariamente obligado con él por todas las condenaciones que puedan ser pronunciadas en provecho de los menores. Esta es una disposición enteramente especial. En general, el subrogado tutor se limita á cuidar la gestión del tutor; sólo interviene activamente cuando los intereses del tutor se encuentran en conflicto con los de su pupilo (art. 420.) En el caso no hay conflicto; si la ley hace un deber al subrogado tutor de intervenir, obligando al tutor á hacer inventario, es para dar á los menores una garantía más contra el descuido ó el dolo del padre supérstite. Para no incurrir en la responsabilidad que la ley le impone, cuidará de que el esposo supérstite haga inventario. Si no lo hace quedará responsable. La falta de inventario puede causar un perjuicio á los hijos menores; si su padre ó madre no presentan los bienes de la comunidad tal como su consistencia está establecida por la fama común, queda-

1 Compárese Poitiérs, 8 de Junio de 1859 (Dalloz, 1859, 2, 215).

rá condenado á los daños y perjuicios, y el subrogado tutor quedará condenado solidariamente á pagarlos

Este es un caso en el que la solidaridad existe para la deuda de un tercero. El padre es deudor: el subrogado tutor es, pues, responsable por el padre. Se ha pretendido que la responsabilidad solidaria no estaba sometida á los principios que rigen la solidaridad; transladamos á lo que se dijo acerca de esta cuestión en el título de las *Obligaciones*. En nuestro concepto los principios generales son aplicables. Se aplica también el art. 1,214, según el cual el codeudor solidario está obligado por toda la deuda para con los demás deudores cuando ésta fué contraída en su interés ó, como dice la ley, cuando el negocio sólo á él se refiere; los demás deudores solidarios no son, en este caso, considerados sino como cauciónantes. Y tal es el caso previsto por el artículo 1,442: el negocio sólo concierne al supérstite, sólo él es deudor; el subrogado tutor, deudor solidario para con los hijos menores, es cauciónante para con el esposo; si tuvo que pagar la deuda tendrá un recurso por el todo contra el esposo, del que pagó la deuda. (1)

190. La Corte de Metz ha aplicado la responsabilidad solidaria al subrogado tutor que había sido nombrado antes de la entrada en función de tutor. En el recurso intervino una sentencia de denegada. Se decía en apoyo del recurso que el subrogado tutor no podía ser declarado responsable de un perjuicio que le había sido imposible evitar. Había, pues, que distinguir, se decía, entre el perjuicio ya ocasionado cuando el nombramiento del subrogado tutor por la falta de inventario, y el perjuicio que es causado después. Esta distinción, muy hábilmente presentada por el abogado Fabre, no fué admitida. La Corte se funda en el texto que es terminante y absoluto: *todas las condenaciones*, dice el art. 1,442.

1 Rodière y Pont, t. II. pág. 294, núm. 1,009. Metz, 24 de Enero de 1843 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 1,619).

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

educación que la ley pone á su cargo (art. 203). ¿Puede imputar estos gastos en las rentas de los hijos? La negativa nos parece segura; los gastos de manutención y de educación de los hijos deben ser soportados por los padres con esta calidad, aunque los hijos no tengan bienes; lo que es la regla general. Es verdad que si el hijo tiene bienes propios debe proveer á estos gastos, pero el art. 1,442 hace una excepción á la regla en el sentido de que el padre nunca puede aprovechar de las rentas de los hijos cuando la ley se las ha quitado, y las aprovecharía indirectamente si pudiera imputar en las rentas los gastos que la ley pone á su cargo. (1)

Núm. 4. Responsabilidad del subrogado tutor.

189. El art. 1,442 contiene, además, una tercera sanción de la obligación que impone al esposo supérstite de hacer inventario: dispone que el subrogado tutor que no le obligó á que lo hiciera está solidariamente obligado con él por todas las condenaciones que puedan ser pronunciadas en provecho de los menores. Esta es una disposición enteramente especial. En general, el subrogado tutor se limita á cuidar la gestión del tutor; sólo interviene activamente cuando los intereses del tutor se encuentran en conflicto con los de su pupilo (art. 420.) En el caso no hay conflicto; si la ley hace un deber al subrogado tutor de intervenir, obligando al tutor á hacer inventario, es para dar á los menores una garantía más contra el descuido ó el dolo del padre supérstite. Para no incurrir en la responsabilidad que la ley le impone, cuidará de que el esposo supérstite haga inventario. Si no lo hace quedará responsable. La falta de inventario puede causar un perjuicio á los hijos menores; si su padre ó madre no presentan los bienes de la comunidad tal como su consistencia está establecida por la fama común, queda-

1 Compárese Poitiérs, 8 de Junio de 1859 (Dalloz, 1859, 2, 215).

rá condenado á los daños y perjuicios, y el subrogado tutor quedará condenado solidariamente á pagarlos

Este es un caso en el que la solidaridad existe para la deuda de un tercero. El padre es deudor: el subrogado tutor es, pues, responsable por el padre. Se ha pretendido que la responsabilidad solidaria no estaba sometida á los principios que rigen la solidaridad; transladamos á lo que se dijo acerca de esta cuestión en el título de las *Obligaciones*. En nuestro concepto los principios generales son aplicables. Se aplica también el art. 1,214, según el cual el codeudor solidario está obligado por toda la deuda para con los demás deudores cuando ésta fué contraída en su interés ó, como dice la ley, cuando el negocio sólo á él se refiere; los demás deudores solidarios no son, en este caso, considerados sino como cauciónantes. Y tal es el caso previsto por el artículo 1,442: el negocio sólo concierne al supérstite, sólo él es deudor; el subrogado tutor, deudor solidario para con los hijos menores, es cauciónante para con el esposo; si tuvo que pagar la deuda tendrá un recurso por el todo contra el esposo, del que pagó la deuda. (1)

190. La Corte de Metz ha aplicado la responsabilidad solidaria al subrogado tutor que había sido nombrado antes de la entrada en función de tutor. En el recurso intervino una sentencia de denegada. Se decía en apoyo del recurso que el subrogado tutor no podía ser declarado responsable de un perjuicio que le había sido imposible evitar. Había, pues, que distinguir, se decía, entre el perjuicio ya ocasionado cuando el nombramiento del subrogado tutor por la falta de inventario, y el perjuicio que es causado después. Esta distinción, muy hábilmente presentada por el abogado Fabre, no fué admitida. La Corte se funda en el texto que es terminante y absoluto: *todas las condenaciones*, dice el art. 1,442.

1 Rodière y Pont, t. II. pág. 294, núm. 1,009. Metz, 24 de Enero de 1843 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 1,619).

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

Se dice en vano que el subrogado tutor no tiene la culpa del perjuicio anterior á su nombramiento; la ley sólo considera una falta, la de no haber hecho proceder al inventario: nada impide al subrogado tutor el obrar desde que está nombrado, para apremiar al esposo supérstite á que haga inventario; si no obra, es responsable, y lo es por *todas las condenaciones*. (1) Se entiende por las condenaciones que tienen su causa en la falta de inventario; si el esposo sufre condenas extrañas al inventario, no puede tratarse de declarar al subrogado tutor responsable por este punto; esto sería extender una responsabilidad enteramente excepcional; y las excepciones no se extienden. (2)

Núm. 5. Aplicación analógica del art. 1,442.

191. Las disposiciones del art. 1,442 ¿reciben aplicación á la comunidad convencional? Se enseña la afirmativa y la jurisprudencia está en el mismo sentido. (3) La decisión no es de contestar, pero no así los motivos que de ella se dan. Hay razón para decidir, dice Troplong, pues la comunidad convencional, tanto como la comunidad legal, dejan efectos comunes y una masa social de la que es muy importante conste la fuerza. Sin duda. ¿Pero á quién pertenece imponer obligaciones y sancionarlas con penas? ¿Al intérprete? Nó, seguramente. Sólo el legislador tiene este derecho y también sólo él puede extender penas por motivos de analogía; el juez no lo puede hacer. Dejemos las malas razones, puesto que hay una decisiva y que está escrita en la ley. El artículo 1,528 dice que «la comunidad convencional queda sometida á las reglas de la comunidad legal para todos los casos en los que no se deroga implícitamente en el contrato.» Sigue de ahí que ambos regímenes sólo hacen uno realmente;

1 Denegada, 12 de Abril de 1848 (Dalloz, 1848, 1, 208).
2 Metz, 24 de Enero de 1843 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 1,619).
3 Véanse las autoridades en Aubry y Rau, t. V, pág. 385, nota 14, pfo. 595.

luego el art. 1,442 es aplicable á la comunidad convencional. Por la misma razón debe aplicarse á la sociedad de gananciales que los esposos estipulan al casarse bajo el régimen dotal, pues la sociedad de gananciales es una cláusula de comunidad convencional y no pierde este carácter por la circunstancia de estar agregada al régimen dotal. (1)

192. En los demás regímenes exclusivos de la comunidad el art. 1,442 no puede recibir su aplicación. Esto está generalmente admitido en lo que se refiere á la privación del usufructo legal. La tradición, el texto y los principios concurren á probar que el art. 1,442 es extraño al régimen dotal de la separación de bienes y al régimen exclusivo de la comunidad. Son nuestras antiguas costumbres las que han impuesto al esposo común en bienes la obligación de hacer inventario bajo ciertas penas. Estas penas han sido modificadas por el Código Civil, pero sólo las ha aplicado, como se hacía en el derecho antiguo, al régimen de la comunidad. El art. 1,442 está colocado bajo el rubro de la disolución de la comunidad; sólo se refiere, pues, al esposo común en bienes. Aunque hubiera motivos de analogía para extenderlo á otros regímenes, el intérprete no podría tomarlos en cuenta, puesto que no le está permitido extender disposiciones penales, lo que sería hacer la ley. Aun puede contestarse que hay analogía. (2) No entremos en este debate, pues no tenemos que hacer la ley; nuestra misión se limita á interpretarla.

La opinión contraria encuentra, sin embargo, algunos partidarios, y les debemos una palabra de contestación acerca de la cuestión de principios. Rodière y Pont dicen que formando la comunidad el derecho común, toda disposición co-

1 Aubry y Rau, t. V, pág. 385 y nota 15, pfo. 515 y las autoridades que citan.
2 Véanse dos sentencias bien motivadas de Tolosa, 19 de Diciembre de 1839 y 1.° de Abril de 1843 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, número 1,621). Esta es la opinión de la mayor parte de los autores (Aubry y Rau, t. V, pág. 385, nota 16).

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

locada en el capítulo de la *Comunidad* y susceptible de combinarse con los demás regímenes puede aplicársele. (1) Nosotros contestamos el principio. Los diversos regímenes tienen diferente origen y diferente carácter; no se dirá seguramente que la comunidad es la regla en lo relativo al régimen dotal y que los principios de la comunidad reciben su aplicación á este régimen en tanto que no se les deroga. Los dos regímenes nada tienen de común y cada cual debe ser interpretado por las reglas que le son propias y por la tradición á que se relaciona. Lo mismo sucede con los demás regímenes exclusivos de la comunidad. La liga que se pretende establecer entre la comunidad y los regímenes que la excluyen, sólo existe para con la comunidad convencional; el art. 1,528 que acabamos de transcribir lo dice; pero por esto mismo que la ley sólo lo dice de ambos regímenes exclusivos de la comunidad, no debe extenderse; esto liga á regímenes que excluyen toda sociedad de bienes.

193. El art. 1,442 contiene otra sanción igualmente penal, permitiendo á las partes interesadas probar la consistencia de la comunidad por la prueba de la fama pública. ¿Puede extenderse esta disposición á todos los casos en los que hay obligación por parte del esposo supérstite de hacer un inventario de la sucesión del cónyuge difunto? Creemos que la cuestión debe ser decidida negativamente por los motivos que acabamos de dar. Se trata de una prueba enteramente excepcional que la ley establece sólo en los casos en los que quiere castigar al cónyuge por no haber hecho el inventario que le ordena hacer. Sólo al legislador toca ver cuándo conviene pronunciar dicha pena. A riesgo de caer en lo arbitrario del antiguo derecho, hay que mantener estrictamente el principio: no hay penas sin ley penal, no hay excepción sin texto que la establezca.

1 Rodière y Pont, t. II, pág. 235, núm. 999. Toullier, t. VII, 1, pág. 11, núm. 10.

La Corte de Caen lo resolvió así: decidió que no había lugar á información por fama pública sino en los tres casos previstos por los arts. 1,415, 1,442 y 1,504, fundándose en que este género de prueba es exorbitante del derecho común. La prueba testimonial misma no puede ser admitida sino en los casos y bajo las condiciones determinadas por la ley; y se quiere que una prueba mucho más peligrosa se haga de derecho común, pues á esto se llega cuando se admite la aplicación analógica de la ley. En el recurso de casación intervino una sentencia de denegada; pero la Corte de Casación no admite la interpretación restrictiva consagrada por la Corte de Caen; el consejero relator la desecha terminantemente. La Suprema Corte se ha pronunciado en otra sentencia en favor de la interpretación analógica. (1) Los autores están igualmente divididos. (2)

§ II.—El divorcio y la separacion de cuerpos.

194. La comunidad se disuelve por el divorcio (artículo 1,441), porque el divorcio disuelve el matrimonio (art. 227); y no puede ya haber asociación entre esposos cuando no hay esposos ya. Según el art. 227, el matrimonio se disuelve por el divorcio legalmente pronunciado. Es el oficial del estado civil quien lo pronuncia en virtud de la sentencia que lo autoriza cuando tiene lugar por una causa determinada (art. 264) ó por la sentencia que lo admite por mutuo consentimiento (art. 294). La comunidad está disuelta desde el momento en que el oficial público ha pronunciado el divorcio. No se necesita otra formalidad. Cuando la co-

1 Caen, 23 de Junio de 1841, y denegada, 19 de Diciembre de 1842 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 941). Casación, 17 de Enero de 1838 (Dalloz, en la palabra *Información*, núm. 107). Hay una sentencia de la Corte de Lieja, 12 de Enero de 1844, en el sentido de nuestra opinión (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 1,598; *Pasicrisia*, 1844, 2, 115).

2 Aubry y Rau, t. V, pág. 386, pfo. 515. Troplong, t. I, pág. 263, núm. 821. En sentido contrario, Marcadé, t. V, pág. 580, núm. III del art. 1,442 y los autores que cita.

locada en el capítulo de la *Comunidad* y susceptible de combinarse con los demás regímenes puede aplicársele. (1) Nosotros contestamos el principio. Los diversos regímenes tienen diferente origen y diferente carácter; no se dirá seguramente que la comunidad es la regla en lo relativo al régimen dotal y que los principios de la comunidad reciben su aplicación á este régimen en tanto que no se les deroga. Los dos regímenes nada tienen de común y cada cual debe ser interpretado por las reglas que le son propias y por la tradición á que se relaciona. Lo mismo sucede con los demás regímenes exclusivos de la comunidad. La liga que se pretende establecer entre la comunidad y los regímenes que la excluyen, sólo existe para con la comunidad convencional; el art. 1,528 que acabamos de transcribir lo dice; pero por esto mismo que la ley sólo lo dice de ambos regímenes exclusivos de la comunidad, no debe extenderse; esto liga á regímenes que excluyen toda sociedad de bienes.

193. El art. 1,442 contiene otra sanción igualmente penal, permitiendo á las partes interesadas probar la consistencia de la comunidad por la prueba de la fama pública. ¿Puede extenderse esta disposición á todos los casos en los que hay obligación por parte del esposo supérstite de hacer un inventario de la sucesión del cónyuge difunto? Creemos que la cuestión debe ser decidida negativamente por los motivos que acabamos de dar. Se trata de una prueba enteramente excepcional que la ley establece sólo en los casos en los que quiere castigar al cónyuge por no haber hecho el inventario que le ordena hacer. Sólo al legislador toca ver cuándo conviene pronunciar dicha pena. A riesgo de caer en lo arbitrario del antiguo derecho, hay que mantener estrictamente el principio: no hay penas sin ley penal, no hay excepción sin texto que la establezca.

1 Rodière y Pont, t. II, pág. 235, núm. 999. Toullier, t. VII, 1, pág. 11, núm. 10.

La Corte de Caen lo resolvió así: decidió que no había lugar á información por fama pública sino en los tres casos previstos por los arts. 1,415, 1,442 y 1,504, fundándose en que este género de prueba es exorbitante del derecho común. La prueba testimonial misma no puede ser admitida sino en los casos y bajo las condiciones determinadas por la ley; y se quiere que una prueba mucho más peligrosa se haga de derecho común, pues á esto se llega cuando se admite la aplicación analógica de la ley. En el recurso de casación intervino una sentencia de denegada; pero la Corte de Casación no admite la interpretación restrictiva consagrada por la Corte de Caen; el consejero relator la desecha terminantemente. La Suprema Corte se ha pronunciado en otra sentencia en favor de la interpretación analógica. (1) Los autores están igualmente divididos. (2)

§ II.—El divorcio y la separacion de cuerpos.

194. La comunidad se disuelve por el divorcio (artículo 1,441), porque el divorcio disuelve el matrimonio (art. 227); y no puede ya haber asociación entre esposos cuando no hay esposos ya. Según el art. 227, el matrimonio se disuelve por el divorcio legalmente pronunciado. Es el oficial del estado civil quien lo pronuncia en virtud de la sentencia que lo autoriza cuando tiene lugar por una causa determinada (art. 264) ó por la sentencia que lo admite por mutuo consentimiento (art. 294). La comunidad está disuelta desde el momento en que el oficial público ha pronunciado el divorcio. No se necesita otra formalidad. Cuando la co-

1 Caen, 23 de Junio de 1841, y denegada, 19 de Diciembre de 1842 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 941). Casación, 17 de Enero de 1838 (Dalloz, en la palabra *Información*, núm. 107). Hay una sentencia de la Corte de Lieja, 12 de Enero de 1844, en el sentido de nuestra opinión (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 1,598; *Pasicrisia*, 1844, 2, 115).

2 Aubry y Rau, t. V, pág. 386, pfo. 515. Troplong, t. I, pág. 263, núm. 821. En sentido contrario, Marcadé, t. V, pág. 580, núm. III del art. 1,442 y los autores que cita.

munidad se disuelve por la separación de bienes, la ley multiplica las formas con el fin de dar publicidad á la sentencia que pronuncia la separación. El legislador ha creído, sin duda, que estas formalidades eran inútiles cuando se trata del divorcio. El procedimiento del divorcio tiene, es verdad, una gran publicidad, y el divorcio se pronuncia públicamente por el oficial del estado civil. Sin embargo, por interés de los terceros que contratan con los esposos, hubiera sido útil el hacer pública la disolución del matrimonio. Ha sucedido que un marido divorciado haya enajenado las gananciales de la comunidad; la venta fué declarada nula á pesar de las reclamaciones del comprador que alegaba la ignorancia del divorcio y su buena fe. La Corte de París dijo muy bien, que toca á los terceros que tratan con una persona, el asegurarse de su estado y calidad, y que la buena fe del adquirente no puede dar á quien vende el derecho de transmitir la propiedad de una cosa que no le pertenece. (1)

195. No debe confundirse el divorcio con la anulación del matrimonio. Pothier dice que la sentencia que declara nulo el matrimonio no es tanto una disolución de la comunidad conyugal como una declaración de que nunca hubo verdadera comunidad. Esta es la consecuencia de los principios que rigen la nulidad de las actas. Cuando una acta es nula está como si nunca hubiera existido. No hubo, pues, matrimonio cuando éste fué anulado, y sin matrimonio no hay comunidad entre esposos. Sin embargo, Pothier dice que, en este caso, hay entre las partes una sociedad de hecho; por consiguiente, cada una retira lo que ha puesto y se reparten las utilidades. (2) Se sabe que estos principios reciben excepción cuando el matrimonio es putativo. Tranasladamos á lo que fué dicho en el título del *Matrimonio*.

1 París, 22 de Marzo de 1810 (Dallox, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 1,562).
2 Pothier, *De la comunidad*, núm. 508.

196. «La separación de cuerpos implicará siempre la separación de bienes» (art. 311). Hemos expuesto los principios en el título del *Divorcio* (t. III, núm. 351). En cuanto á las dificultades que presenta la aplicación del principio, las encontraremos al tratar de la separación de bienes. Esta puede ser pedida directamente y disuelve la comunidad tanto como cuando los esposos se separan de cuerpos (artículo 1,441). Pero hay esta diferencia: que la separación de cuerpos y, por consiguiente, la de bienes que resulta, puede ser pedida por cada esposo, mientras que sólo la mujer puede pedir directamente la separación de bienes. Vamos á dar las razones al tratar de la separación de bienes.

§ III.—De la separacion de bienes.

197. La separación de bienes sólo puede resultar de una sentencia. Toda separación voluntaria es nula (art. 1,443). Este principio se aplica á la separación de cuerpos. Los esposos convienen algunas veces en vivir separados sin sentencia judicial que los separe de cuerpos ni de bienes. Estas convenciones son nulas. No depende de la voluntad de los esposos el substraerse á las obligaciones que han contraído al casarse; y la vida común es la primera de estas obligaciones. La mujer está obligada á vivir con el marido y éste está obligado á recibir á su mujer (art. 214). Este deber no cesa sino por la sentencia que declara á los esposos separados de cuerpos. La convención de separación de cuerpos voluntaria, es, pues, radicalmente nula como contraria al orden público; es una de esas convenciones que la doctrina considera como inexistentes, porque no tiene objeto legal ni causa lícita (arts. 1,131 y 1,133). Por consiguiente, no puede producir ningún efecto. En vano estipulan los esposos una pena para asegurar su ejecución; la nulidad de la

obligación principal arrastra la de la cláusula penal (artículo 1,227).

La jurisprudencia está en este sentido. Ha sido sentenciado que la convención hecha por los esposos de vivir separadamente no es obligatoria. Por consiguiente, el esposo que en virtud de esta convención renunció á perseguir una demanda en separación de cuerpos, no está ligado por su renuncia aunque hubiese ejecutado el tratado. (1) Toda convención ó renuncia semejante es nula, dice la Corte de Burdeos, y no puede producir ningún efecto. (2) Las separaciones voluntarias están ordinariamente acompañadas de convenciones pecuniarias: uno de los esposos se obliga á pagar una pensión al otro; se entiende que la convención principal, siendo nula, las convenciones accesorias no pueden tener efecto. (3) En el caso juzgado por la Corte de Grenoble, la mujer se había obligado á pagar al marido una pensión de 4,000 francos. Que la obligación esté contraída por la mujer ó por el marido poco importa, siempre está marcada de nulidad. Ambos esposos se deben, sin duda, socorro y asistencia: el marido debe ministrar á su mujer todo lo necesario para la vida, y la mujer está obligada á contribuir á los cargos de la casa, según las convenciones matrimoniales. Pero estas obligaciones recíprocas suponen una vida común; fuera de ésta todo es ilegal y marcado de absoluta nulidad.

198. Estas convenciones son nulas aunque sólo se refieran á los intereses pecuniarios de los esposos y que subsista la vida común; el art. 1,443 declara nula cualquiera separación voluntaria de bienes. La razón está en que las convenciones matrimoniales son irrevocables y no pueden sufrir ningún cambio después de la celebración del matrimonio (arts. 1,394 y 1,395). Y la separación voluntaria sería un nuevo régimen que reemplazaría á la comunidad legal. Esta disolución de la comunidad, seguida de un nuevo régimen, sólo puede hacerse por sentencia; daremos las razones más adelante. Consentida por los esposos, es radicalmente nula. Poco importa, dice Pothier, que la mujer tenga justos motivos para pedir la separación de bienes, es necesario que la promueva en justicia. Pothier dice que la separación voluntaria pudiera tener por objeto ventajas directas entre esposos, y en el antiguo derecho estas liberalidades estaban prohibidas. (1) Hay otras razones que se oponen á toda modificación á las convenciones matrimoniales y, ante todo, al interés de los terceros. Se dirá que el interés de los terceros no impide que la mujer obtenga la separación de bienes en justicia. Nó, pero los acreedores podrán intervenir en la instancia con objeto de cuidar que la separación de bienes no se haga en fraude de sus derechos, y la ley prescribe formas y condiciones que tienden al mismo objeto; los terceros no tendrían estas garantías en una separación voluntaria; esto era un motivo determinante para prohibirla.

Los esposos han tratado de substraerse á la prohibición del art. 1,442 calificando sus convenciones de transacciones. En el curso de un proceso en separación de bienes, las partes transan; el marido da á la mujer una autorización general para administrar y enajenar no sólo sus propios sino también las gananciales, y estipula en compensación una renta vitalicia. Era preciso una singular ignorancia para consentir convenciones radicalmente nulas en virtud de las terminantes disposiciones del Código. (2) Las cláusulas penales agregadas á una convención nula son igualmente nulas por el texto de la ley (art. 1,227); y, en el caso, la convención

1 Caen, 11 de Abril de 1818 (Dalloz, en la palabra *Separación de cuerpos*, núm. 14).
2 Burdeos, 3 de Febrero de 1853 (Dalloz, 1854, 2, 9).
3 Grenoble, 11 de Marzo de 1851 (Dalloz, 1853, 2, 63).

1 Pothier, *De la comunidad*, núm. 514.
2 Riom, 9 de Junio de 1817 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 1,698).

era más que nula, era inexistente. (1) Ha sucedido, sin embargo, que las partes han ejecutado las convenciones procediendo á una liquidación y á una partición de la comunidad; el marido entregó sus propios á la mujer. De ahí dificultades cuando una de las partes interesadas pide la nulidad de las convenciones y de todos los actos de ejecución. ¿Deberá la mujer restituir lo que recibió? Se enseña que el marido no está liberado por los pagos que hizo; que á pesar de dichos pagos la mujer tiene derecho de ejercer sus devoluciones á reserva sólo de tener en cuenta los valores que existían en sus manos ó que han servido á su provecho. (2) Este último punto nos parece más que dudoso. Que la mujer pueda ejercer todos sus derechos, como si no hubiese convención, esto es seguro, puesto que la convención no tiene existencia legal y no puede producir ningún efecto; pero, por su lado, la mujer debe restituir lo que recibió, porque lo recibió sin causa y que lo detendría sin causa. Declarándola obligada sólo hasta concurrencia de lo que aprovechó se la pone en la misma línea que el menor y se supone que había deuda; el art. 1,241 dice que el pago hecho al acreedor es nulo si era incapaz para recibir, á no ser que el deudor pruebe que la cosa pagada salió en provecho del acreedor. Esta disposición es inaplicable al caso, pues no hay acreedor ni deudor. Hay una convención ilícita; el art. 1,131 dice que esta convención no puede producir ningún efecto; luego las partes deben colocarse en la situación que tenían antes de haber contratado. Esto decide la cuestión. Se objeta que siendo el pago indebido debe aplicarse á la mujer el principio que aquel que recibe de buena fe lo que no se le debe no está obligado á restituir sino en cuanto le aprovechó el pago. Contestaremos que la mujer no puede invocar este

1 Caen, 14 de Noviembre de 1825 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 1,713).
2 Aubry y Rau, t. V, pág. 386 y nota 18, pfo. 515 y las autoridades que tan.

principio; es parte en una convención ilícita, luego tiene tanta culpa como el marido; este es el caso de los arts. 1,131 y 1,133, y no el caso del cuasicontrato del pago indebido previsto por el art. 1,376. (1)

ARTICULO 2.—De la separación judicial. (2)

§ 1.° —¿QUIÉN PUEDE PEDIR LA SEPARACIÓN?

Núm. 1. De la mujer.

199. La mujer puede pedir la separación de bienes; el marido no lo puede hacer (art. 1,443). Pothier dice que la razón es que el marido tiene solo á su libre disposición todos los bienes de la comunidad. (3) Es, en efecto, el poder del marido el que justifica el derecho ó privilegio que la ley concede á la mujer. Está excluida de la administración; aunque el marido disipase la comunidad en gastos locos ó en especulaciones desgraciadas, no tiene derecho de oponerse á ello. Sin embargo, es asociada; aporta su dote, su trabajo, su economía en la gestión de los intereses comunes, toda su fortuna quizá estará comprometida en la sociedad conyugal: si el marido disipa los bienes la mujer perderá todo cuanto por su parte entró en la comunidad, en bienes, en cuidados, en economías, y se verá reducida á la miseria con sus hijos. La ley debía á la mujer una compensación. Cuando está probado que la comunidad organizada en interés de ambos esposos amenaza un desastre para la mujer, debe tener el derecho de pedir su disolución.

El motivo que justifica el derecho de la mujer prueba á la vez que el marino no lo puede tener. Es una garantía

1 Esta es, poco más ó menos, la opinión de Troplong, salvo que ahoga su pensamiento en un diluvio de palabras (t. I, pág. 393, núm. 1,349).
2 Dutruc, *Tratado de la separación de bienes judiciales*. París, 1853, 1 volumen en 8.°
3 Pothier, *De la comunidad*, núm. 513.

era más que nula, era inexistente. (1) Ha sucedido, sin embargo, que las partes han ejecutado las convenciones procediendo á una liquidación y á una partición de la comunidad; el marido entregó sus propios á la mujer. De ahí dificultades cuando una de las partes interesadas pide la nulidad de las convenciones y de todos los actos de ejecución. ¿Deberá la mujer restituir lo que recibió? Se enseña que el marido no está liberado por los pagos que hizo; que á pesar de dichos pagos la mujer tiene derecho de ejercer sus devoluciones á reserva sólo de tener en cuenta los valores que existían en sus manos ó que han servido á su provecho. (2) Este último punto nos parece más que dudoso. Que la mujer pueda ejercer todos sus derechos, como si no hubiese convención, esto es seguro, puesto que la convención no tiene existencia legal y no puede producir ningún efecto; pero, por su lado, la mujer debe restituir lo que recibió, porque lo recibió sin causa y que lo detendría sin causa. Declarándola obligada sólo hasta concurrencia de lo que aprovechó se la pone en la misma línea que el menor y se supone que había deuda; el art. 1,241 dice que el pago hecho al acreedor es nulo si era incapaz para recibir, á no ser que el deudor pruebe que la cosa pagada salió en provecho del acreedor. Esta disposición es inaplicable al caso, pues no hay acreedor ni deudor. Hay una convención ilícita; el art. 1,131 dice que esta convención no puede producir ningún efecto; luego las partes deben colocarse en la situación que tenían antes de haber contratado. Esto decide la cuestión. Se objeta que siendo el pago indebido debe aplicarse á la mujer el principio que aquel que recibe de buena fe lo que no se le debe no está obligado á restituir sino en cuanto le aprovechó el pago. Contestaremos que la mujer no puede invocar este

1 Caen, 14 de Noviembre de 1825 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 1,713).
2 Aubry y Rau, t. V, pág. 386 y nota 18, pfo. 515 y las autoridades que tan.

principio; es parte en una convención ilícita, luego tiene tanta culpa como el marido; este es el caso de los arts. 1,131 y 1,133, y no el caso del cuasicontrato del pago indebido previsto por el art. 1,376. (1)

ARTICULO 2.—De la separación judicial. (2)

§ 1.° —¿QUIÉN PUEDE PEDIR LA SEPARACIÓN?

Núm. 1. De la mujer.

199. La mujer puede pedir la separación de bienes; el marido no lo puede hacer (art. 1,443). Pothier dice que la razón es que el marido tiene solo á su libre disposición todos los bienes de la comunidad. (3) Es, en efecto, el poder del marido el que justifica el derecho ó privilegio que la ley concede á la mujer. Está excluida de la administración; aunque el marido disipase la comunidad en gastos locos ó en especulaciones desgraciadas, no tiene derecho de oponerse á ello. Sin embargo, es asociada; aporta su dote, su trabajo, su economía en la gestión de los intereses comunes, toda su fortuna quizá estará comprometida en la sociedad conyugal: si el marido disipa los bienes la mujer perderá todo cuanto por su parte entró en la comunidad, en bienes, en cuidados, en economías, y se verá reducida á la miseria con sus hijos. La ley debía á la mujer una compensación. Cuando está probado que la comunidad organizada en interés de ambos esposos amenaza un desastre para la mujer, debe tener el derecho de pedir su disolución.

El motivo que justifica el derecho de la mujer prueba á la vez que el marino no lo puede tener. Es una garantía

1 Esta es, poco más ó menos, la opinión de Troplong, salvo que ahoga su pensamiento en un diluvio de palabras (t. I, pág. 393, núm. 1,349).
2 Dutruc, *Tratado de la separación de bienes judiciales*. París, 1853, 1 volumen en 8.°
3 Pothier, *De la comunidad*, núm. 513.

contra el poder absoluto de que goza. Aquel que ejerce dicho poder aboluto no puede pedir que termine, porque le sale contraproducente. Debe sufrir las malas consecuencias que resultan de la autoridad absoluta, como aprovecha de sus beneficios. No obstante, el marido puede indirectamente obtener la separación de bienes si pide la separación de cuerpos. Pero esto es un orden de ideas enteramente distinto. La comunidad puede encontrarse floreciente cuando uno de los esposos ó los dos juntos piden la separación de cuerpos que disolverá su sociedad; esto es porque las obligaciones nacidas del matrimonio no han sido violadas, por lo que la ley permite á los esposos poner fin á la vida común; las causas que dan lugar á la separación de cuerpos nada tienen de común con los motivos por los que la mujer puede obtener la separación de bienes.

200. La mujer pide la separación de bienes. Llega á morir durante la instancia: ¿pueden continuarla los herederos? En general, toda instancia puede ser continuada por los herederos, y es de principio que los derechos personales, por su naturaleza, cesan de serlo desde el momento en que se les introduce ante la justicia.. Este principio decide nuestra cuestión. Derechos pecuniarios están ligados á la separación de bienes, es por interés pecuniario como se formó la demanda; este interés no sólo es de la mujer, lo es también de sus herederos, y ante todo de sus hijos. Es, pues, necesario que los herederos tengan el derecho de continuar la demanda formada por la mujer. ¿Qué importa que el derecho de la mujer sea una especie de privilegio? Debe decirse que la mujer debe obtener por su demanda lo que hubiera obtenido si el juez hubiera podido dar su inmediata decisión: hubiera recogido entonces las ventajas de la demanda en separación y las hubiera transmitido á sus herederos. Estos son los motivos por los que un derecho personal se vuelve un derecho patrimonial cuando se le reclama en justicia. ¿Por

qué habia de ser una excepción el derecho de la mujer? Ella pidió la disolución de una mala comunidad porque esperaba una sucesión y porque quería salvar este resto de su fortuna para sí y para sus hijos. Muere durante la instancia: ¿es esto una razón para que los bienes de sucesión entren en la comunidad y que la observen los acreedores? La mujer y sus hijos hubieran recogido los bienes si la instancia hubiese podido terminar inmediatamente. Es necesario que las moras necesarias á la justicia no perjudiquen á las partes interesadas. Esto decide la cuestión en razón y en derecho.

Se objeta que la acción de divorcio y la acción por separación de cuerpos caen, en la opinión que hemos enseñado, cuando el esposo demandante llega á morir; sus herederos no pueden continuar la instancia, aunque tengan en ello un interés pecuniario. La respuesta es fácil. Los intereses pecuniarios sólo son un accesorio en la demanda de divorcio y de separación de cuerpos; es una consecuencia de la acción, no es el objeto que tienen en vista las partes. Y la acción principal se extingue por la muerte, los herederos no la pueden continuar; por consiguiente, no pueden ser admitidos á continuar en lo que se refiere á los intereses pecuniarios (t. III, núms. 217 y 356). Cuando la mujer pide la separación de bienes y que llega á morir antes de la sentencia, no se puede decir á los herederos: ¿á qué pedir la disolución de la comunidad cuando ya está disuelta? Los herederos contestarían que la demanda de la mujer tenía por objeto no sólo obtener la disolución de la comunidad sino también de aprovechar de todos los derechos que se ligan á la separación. Hemos citado el caso en el que una sucesión va á abrirse en su provecho, el interés de la demanda subsiste aunque la muerte haya disuelto la comunidad. Asímismo si el marido ha hecho actos de administración ó de disposición que lesionan los intereses de la mujer y atacan sus derechos, hay un interés pecuniario para los here-

deros en continuar la acción; es para resguardar este interés por lo que se les debe admitir á continuar la instancia.

Esta es la opinión de la mayor parte de los autores. (1) La jurisprudencia se ha pronunciado en favor de la opinión contraria. (2) Está sin autoridad en esta materia, porque las cortes no dan ningún motivo en apoyo de sus resoluciones, y sentencias no motivadas son simples afirmaciones.

Núm. 2. De los acreedores.

201. Según el art. 1,446, "los acreedores personales de la mujer no pueden, sin su consentimiento, pedir la separación de bienes." Esto es una derogación á los principios generales más bien que una aplicación de estos principios. El art. 1,166 establece como regla que "los acreedores pueden ejercer los derechos y las acciones de su deudor, con excepción de aquellos que están exclusivamente ligados á su persona." La dificultad está en saber si el derecho de pedir la separación de bienes está exclusivamente ligado á la persona de la mujer. Si se admite la definición que hemos dado de los derechos personales bajo el punto de vista del art. 1,166, debe decirse que este derecho no está exclusivamente ligado á la persona de la mujer deudora. En efecto, este es un derecho esencialmente pecuniario, puesto que tiene por objeto resguardar los intereses pecuniarios de la mujer. Hay, es verdad, un elemento moral en causa, pero no es, seguramente, el elemento dominante. Se dice que la separación de bienes, al separar los intereses pecuniarios de los esposos, amenaza relajar las ligas de las almas; esto es verdad; pero como en derecho el matrimonio subsiste con todas sus consecuencias, el legislador no tuvo en cuenta esta

1 Véanse las citaciones en Aubry y Rau, t. V, pág. 388, nota 2, pfo. 516. Debe agregarse Colmet de Santerre, t. VI, pág. 245, núm. 95 *bis* I.

2 Douai, 23 de Marzo de 1831 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 1,669). Bastia, 7 de Julio de 1869 (Dalloz, 1872, 1, 260).

consideración, y el intérprete, en nuestro concepto, no pudiera tenerlo en cuenta para negar al acreedor el derecho de promover. Se dice que es precisamente por razón de las consecuencias de la separación de bienes por lo que la ley no da á los acreedores el derecho de pedirla. La mujer no puede pedir la separación de bienes, descuidando sus intereses pecuniarios, para mantener la unión y la harmonía en la familia; mientras que el acreedor, por el más mínimo interés pecuniario, no hubiera titubeado en promover. Contestamos que si los acreedores están realmente interesados en la separación se debiera darles el derecho de solicitarla. Nada hay más respetable que el sacrificio de la mujer mientras sólo sacrifica sus intereses; pero no tiene derecho de sacrificar los intereses de sus acreedores. (1)

202. Los acreedores están admitidos á pedir la separación de bienes con el consentimiento de la mujer. En este caso son ellos los que promueven, sólo ellos figuran en el proceso, pero representan en él á la mujer, y, por consiguiente, la sentencia tendrá por efecto disolver la comunidad. Los acreedores tienen también otro derecho. "En caso de quiebra del marido pueden ejercer los derechos de su deudora hasta concurrencia del monto de sus créditos" (artículo 1,446). Este derecho corrige lo que la ley tiene de inicuo. Los acreedores no pueden pedir la separación en nombre de la mujer mientras que el marido es solvente; en este caso el derecho moral de la mujer se lleva el interés de los acreedores. Pero cuando el marido se hace insolvente la mujer no puede ya, por su inacción, comprometer los intereses de los acreedores. ¿Cuándo es insolvente el marido? Si es comerciante se necesita una sentencia que lo declare en quiebra. Si no es comerciante los acreedores deben

1 Véase, en diversos sentidos, Mourlón, t. III, pág. 81, núm. 187; Duranton, t. XIV, pág. 555, núm. 418; Marcadé, t. V, pág. 588, núm. 1 del artículo 1,1446.

probar que está quebrado. Esta prueba da lugar á innumerables dificultades en el caso en el que la ley declara decaído del beneficio de plazo al deudor que está en quiebra (artículo 1,188). Transladamos á lo que fué dicho en el título de las *Obligaciones* (t. XVII, núms. 194 y siguientes). Ha sido sentenciado que los acreedores no pueden promover, en virtud del art. 1,446, sino cuando el marido está demandado por sus acreedores personales y que los bienes puestos á discusión no bastan para pagar sus deudas. (1)

203. Es más difícil determinar cuáles son los derechos de los acreedores en el caso en el cual el marido es insolvente. El art. 1,446 dice que pueden ejercer los derechos de su deudora. Y ésta no promueve, no pide la separación. ¿Debe inducirse del art. 1,446 que la separación de bienes tiene lugar de pleno derecho cuando el marido está en quiebra? El art. 1,446 dice lo contrario, pues exige una sentencia; luego una acción. Tampoco puede inducirse de la ley que los acreedores de la mujer tengan derecho de pedir la separación cuando el marido es insolvente, pues esto haría decir al segundo inciso del art. 1,446 lo contrario de lo que dice el primero. Si no hay disolución de pleno derecho ni separación pronunciada por una sentencia ¿cómo podrán los acreedores ejercer los derechos de la mujer? Esta sólo tiene derecho si la comunidad está disuelta, no lo tiene mientras dura la comunidad; la ley supone, sin embargo, que la mujer tiene derechos, puesto que permite á los acreedores ejercerlos; como en realidad la comunidad no está disuelta, sólo queda por admitir que lo está ficticiamente en interés de los acreedores y para con ellos, bien que subsista entre los esposos. Este no es el único caso en el que la ley recurre á ficciones para proteger á los acreedores. Cuando el deudor renuncia á una sucesión en perjuicio de sus acreedores, la

1 Aix, 23 de Febrero de 1818, y denegada, 21 de Marzo de 1822 (Dalloz, en la palabra *Contrato de Matrimonio*, núm. 1,687).

ley permite á éstos pedir la nulidad de la renuncia y ejercer los derechos del deudor en esta sucesión; en realidad, el deudor no tiene ya derecho, puesto que ha renunciado, y la renuncia subsiste. Es, pues, por una ficción como los acreedores están admitidos á ejercer un derecho que su deudor está como si jamás hubiese tenido.

En el ejercicio de la acción pauliana hay igualmente una ficción. Los acreedores atacan el acta que el deudor hizo en fraude de sus derechos; á consecuencia de la anulación, el bien salido del patrimonio del deudor vuelve á entrar en él, pero sólo es ficticiamente, puesto que entre el deudor y el tercero que ha contratado con él, el acta subsiste; la ficción está una vez más establecida en interés de los acreedores. En el caso del art. 1,446, una ficción era igualmente necesaria para que los acreedores fuesen admitidos á ejercer los derechos de la mujer deudora suya. El marido está en quiebra; la mujer no pide la separación y los acreedores no tienen derecho de pedirla sin su consentimiento. Y mientras no hay separación, la mujer está sin derecho y, por consiguiente, los acreedores no pueden promover en su nombre. Para que puedan hacerlo, la ley crea una ficción; supone que la comunidad está disuelta: por consiguiente, la mujer tiene derechos y los acreedores están admitidos á ejercerlos en su nombre. (1)

204. ¿Cuáles son los derechos que los acreedores pueden ejercer? Debe verse cuáles son los derechos de la mujer en caso de separación de bienes. Tiene el derecho de aceptar ó renunciar á la comunidad. ¿Los acreedores tienen también este derecho de opción? El art. 1,446 dice, en términos generales, que los acreedores ejercen *los derechos* de su deudora; luego todos los derechos y, por consiguiente, el de opción. Hay, además, que reconocer á los acreedores el derecho de opción si no estarían sin derecho ninguno. En efecto,

1 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 246, núm. 95 *bis* II y III.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

es porque la mujer tiene derecho de opción por lo que puede renunciar, y es también necesario que los acreedores puedan renunciar, pues no tienen ningún interés en aceptar, sometiéndolos la aceptación, aun con el beneficio de emolumentos, á soportar las deudas del marido insolvente. La ley quiere, pues, decir que los acreedores pueden renunciar como la mujer tendría derecho é interés en hacerlo. Es en este sentido como debe entenderse la doctrina de los autores que enseñan que los acreedores pueden ejercer los derechos de la mujer haciendo abstracción de su calidad de común en bienes, es decir, los derechos que pertenecen á la mujer cuando renuncia. (1) La fórmula no nos parece exacta, restringe la expresión general del art. 1,446 y parece decir que la ley considera á la mujer como renunciante. Esto sería una nueva ficción, y una ficción que la ley ignora, y no deben admitirse ficciones inútiles. Lo que la ley implica necesariamente basta; la comunidad está ficticiamente disuelta: después de esto se entra en la realidad de las cosas. La mujer tiene derechos que los acreedores ejercen, pueden aceptar ó renunciar; renunciarán si no tienen ningún interés en aceptar, y en este caso ejercerán los derechos que la mujer ejercería ella misma en caso de renuncia.

205. ¿Cuáles son los derechos de la mujer renunciante? Vuelve á tomar sus propios cuando existen en naturaleza; y si están enajenados, los bienes adquiridos en reemplazo, ó el precio cuando el reemplazo no se hizo. Toma también las indemnizaciones que le pueden ser debidas por la comunidad (art. 1,493). La devolución de los propios presenta una dificultad. Se pregunta si los acreedores pueden volver á tomar toda la propiedad de los bienes que pertenecen á la mujer. La afirmativa no nos parece dudosa; esto es una consecuencia necesaria del principio establecido por el ar-

1 Aubry y Rau, t. V, pág. 389 y nota 3, pfo. 516. Compárese Colmet de Santerre, t. VI, pág. 247, núm. 95 *bis* IV.

ticulo 1,446. Los acreedores ejercen los derechos de su deudora, es decir, los derechos que tuviera si renunciara. Y cuando la comunidad está disuelta, la mujer vuelve á tomar sus inmuebles en toda propiedad; luego los acreedores tienen el mismo derecho. (1) La cuestión está, sin embargo, controvertida. Los motivos que se dan en apoyo de la opinión contraria son de extremada debilidad. Unos dicen que la ley quiso sólo impedir que el capital de la dote no se pierda en la quiebra del marido en perjuicio de los acreedores: esto es limitar de un modo arbitrario los derechos de los acreedores; donde no distingue la ley, no se permite al intérprete distinguir, á no ser que los principios lo obliguen á ello; y se buscaría en vano un perjuicio que ordene la distinción entre el capital y los frutos ó los intereses cuando se trata del derecho de los acreedores: ¿acaso no tienen por prenda el patrimonio de su deudor? ¿Y no comprende dicho patrimonio la toda propiedad de los bienes? Durantón invoca el art. 1,413, según el cual los acreedores de una sucesión inmobiliar aceptada por la mujer con autorización judicial no tienen acción sino en la nuda propiedad de los bienes de la mujer. Confesamos que no entendemos lo que puede haber de común entre el caso del art. 1,413 y el derecho del art. 1,446; esto es mezclar y confundir órdenes de ideas enteramente distintas (2)

206. ¿En qué bienes los acreedores ejercen sus derechos? Promueven en nombre de la mujer; tienen, pues, los derechos de ésta si pidiera la separación y renunciara. Y la mujer renunciante ejerce sus devoluciones y acciones tanto en los bienes de la comunidad como en los bienes personales del marido (art. 1,495); los acreedores tienen los mismos derechos. (3) En el título de las *Hipotecas* veremos que la

1 Aubry y Rau, t. V, pág. 389 y nota 6, pfo. 516. Marcadé, t. V, pág. 589, núm. 11 del art. 1,447.
2 Rodière y Pont, t. III, pág. 610, núm. 2,114. Durantón, t. XIV, núm. 420.
3 Durantón, t. XIV, pág. 556, núm. 419.

hipoteca legal de la mujer se extiende á las gananciales de la comunidad; la hipoteca en las gananciales se borra naturalmente cuando los inmuebles caen en el lote de la mujer aceptante; pero cuando renuncia la hipoteca subsiste en todo; y los acreedores ejercen los derechos de la mujer renunciante, aprovechan, pues, de su hipoteca legal en las gananciales siempre que haya sido registrada y conservada conforme á nuesta ley hipotecaria. (1)

207. La comunidad ficticiamente disuelta para con los acreedores subsiste entre los esposos. Cuando llegara á disolverse la mujer podrá ejercer su derecho de opción; si renuncia, todo cuanto se había hecho por promoción de los acreedores será mantenido, puesto que en esta hipótesis los acreedores habían en realidad ejercido los derechos de la mujer. Pero puede suceder que los negocios del marido se hayan mejorado y que la mujer acepte; habrá que ver si los acreedores han ejercido en su nombre derechos que la mujer no tiene en caso de aceptación. Supongamos que la mujer haya estipulado la devolución de sus aportes en caso de renuncia (art. 1,514); los acreedores habrán tomado los muebles aportados por la mujer, mientras que ésta no tiene derecho de volverlos á tomar cuando acepta. Es imposible que la mujer esté considerada á la vez como renunciante y como aceptante; deberá, pues, devolver á la comunidad los aportes que los acreedores han tomado. (2)

Acerca de este punto no hay ninguna duda. ¿Pero qué debe decidirse en cuanto á los réditos de los valores que los acreedores toman en nombre de la mujer renunciante? La renuncia de la mujer era una ficción; de hecho, la comunidad nunca estuvo disuelta entre los esposos; y la comunidad tiene derecho á los réditos de estos valores de la mujer; se le privó de ellos por el ejercicio anticipado de los derechos que

1 Denegada, Cámara Civil, 4 de Febrero de 1856 (Dalloz, 1856, 1, 61).
2 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 248, núm. 95 *bis* V.

la mujer sólo puede ejercer regularmente en la disolución de la comunidad. Como los acreedores han promovido en nombre de la mujer, resulta que ella es quien quitó á la comunidad los réditos á que tenía derecho. Por consiguiente, deberá estos réditos á la masa cuando la liquidación. Por su lado la comunidad abonará los intereses de las deudas de la mujer que debiera soportar y no soportó, puesto que los acreedores han sido pagados. (1)

§ II.—De las causas por las que la mujer puede pedir la separacion de bienes.

Núm. 1. El texto.

208. «La separación de bienes sólo puede promoverse en justicia por la mujer cuya dote se encuentra en peligro y cuando el desorden en los negocios de su marido da lugar á temer que los bienes de éste no sean suficientes para llenar los derechos y devoluciones de la mujer» (art. 1,443). Hay pocas disposiciones en el Código que hayan dado lugar á tantas decisiones judiciales como ésta. Esto prueba que no está muy clara; se pregunta si el art. 1,443 prevee dos causas diferentes por las que la mujer puede pedir la separación ó si ambas causas que la ley enumera sólo son en realidad una sola. Después se pregunta si estas dos causas son las únicas en las que la separación pueda ser obtenida. ¿Es la ley restrictiva? La doctrina y la jurisprudencia se han apegado al espíritu de la ley, de preferencia á un texto mal redactado, y han permitido á la mujer pedir la separación en todos los casos en los que tiene interés en exigirla. ¿No es esto sobrepasar el texto de la ley? ¿Y tiene este derecho el intérprete? Debe, ante todo, explicarse el texto, pues la interpretación de los términos de la ley está controvertida.

1 Marcadé, t. V, pág. 589, núm. 1 del art. 1,447 En sentido contrario, Colmet de Santerre, t. VI, pág. 248, núm. 95 *bis* VI.

hipoteca legal de la mujer se extiende á las gananciales de la comunidad; la hipoteca en las gananciales se borra naturalmente cuando los inmuebles caen en el lote de la mujer aceptante; pero cuando renuncia la hipoteca subsiste en todo; y los acreedores ejercen los derechos de la mujer renunciante, aprovechan, pues, de su hipoteca legal en las gananciales siempre que haya sido registrada y conservada conforme á nuesta ley hipotecaria. (1)

207. La comunidad ficticiamente disuelta para con los acreedores subsiste entre los esposos. Cuando llegara á disolverse la mujer podrá ejercer su derecho de opción; si renuncia, todo cuanto se había hecho por promoción de los acreedores será mantenido, puesto que en esta hipótesis los acreedores habían en realidad ejercido los derechos de la mujer. Pero puede suceder que los negocios del marido se hayan mejorado y que la mujer acepte; habrá que ver si los acreedores han ejercido en su nombre derechos que la mujer no tiene en caso de aceptación. Supongamos que la mujer haya estipulado la devolución de sus aportes en caso de renuncia (art. 1,514); los acreedores habrán tomado los muebles aportados por la mujer, mientras que ésta no tiene derecho de volverlos á tomar cuando acepta. Es imposible que la mujer esté considerada á la vez como renunciante y como aceptante; deberá, pues, devolver á la comunidad los aportes que los acreedores han tomado. (2)

Acerca de este punto no hay ninguna duda. ¿Pero qué debe decidirse en cuanto á los réditos de los valores que los acreedores toman en nombre de la mujer renunciante? La renuncia de la mujer era una ficción; de hecho, la comunidad nunca estuvo disuelta entre los esposos; y la comunidad tiene derecho á los réditos de estos valores de la mujer; se le privó de ellos por el ejercicio anticipado de los derechos que

1 Denegada, Cámara Civil, 4 de Febrero de 1856 (Dalloz, 1856, 1, 61).
2 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 248, núm. 95 *bis* V.

la mujer sólo puede ejercer regularmente en la disolución de la comunidad. Como los acreedores han promovido en nombre de la mujer, resulta que ella es quien quitó á la comunidad los réditos á que tenía derecho. Por consiguiente, deberá estos réditos á la masa cuando la liquidación. Por su lado la comunidad abonará los intereses de las deudas de la mujer que debiera soportar y no soportó, puesto que los acreedores han sido pagados. (1)

§ II.—De las causas por las que la mujer puede pedir la separacion de bienes.

Núm. 1. El texto.

208. «La separación de bienes sólo puede promoverse en justicia por la mujer cuya dote se encuentra en peligro y cuando el desorden en los negocios de su marido da lugar á temer que los bienes de éste no sean suficientes para llenar los derechos y devoluciones de la mujer» (art. 1,443). Hay pocas disposiciones en el Código que hayan dado lugar á tantas decisiones judiciales como ésta. Esto prueba que no está muy clara; se pregunta si el art. 1,443 prevee dos causas diferentes por las que la mujer puede pedir la separación ó si ambas causas que la ley enumera sólo son en realidad una sola. Después se pregunta si estas dos causas son las únicas en las que la separación pueda ser obtenida. ¿Es la ley restrictiva? La doctrina y la jurisprudencia se han apegado al espíritu de la ley, de preferencia á un texto mal redactado, y han permitido á la mujer pedir la separación en todos los casos en los que tiene interés en exigirla. ¿No es esto sobrepasar el texto de la ley? ¿Y tiene este derecho el intérprete? Debe, ante todo, explicarse el texto, pues la interpretación de los términos de la ley está controvertida.

1 Marcadé, t. V, pág. 589, núm. 1 del art. 1,447 En sentido contrario, Colmet de Santerre, t. VI, pág. 248, núm. 95 *bis* VI.

209. La mujer puede pedir la separación cuando su *dote* está en peligro. ¿Qué se entiende por *dote* en el art. 1,443? Esta palabra tiene un sentido técnico definido por el artículo 1,540: «La dote es el bien que la mujer aporta al marido para soportar los cargos del matrimonio.» El art. 1,540 dice terminantemente que esta definición se aplica al capítulo II, es decir, al régimen de la comunidad. Hay, pues, una dote bajo este régimen: ¿cuáles son los bienes dotales? El mobiliar presente y futuro de la mujer entra en la comunidad; la mujer no lo vuelve á tomar, es verdad, como bajo el régimen dotal; sin embargo, es un bien que aporta al marido para ayudarle á soportar los cargos del matrimonio; esto es, pues, una dote y, por consiguiente, esta dote cae bajo la aplicación del art. 1,443; si se encuentra en peligro, la mujer puede pedir la separación de bienes. ¿Cuándo puede decirse que la dote está en peligro? Esto es lo que examinaremos más adelante. Por ahora conste sólo el sentido de la palabra *dote*. La definición que de ella da el art. 1,540 debe recibir su aplicación al art. 1,443; esto es de tradición. Toullier cita la costumbre de Bretaña; la redacción antigua decía: «Los bienes muebles se acostumbra atribuirse al marido, quien puede usarlos á su voluntad, haciendo providencia á su mujer (es decir, manteniendo honradamente á su esposa como dice la nueva costumbre), durante el matrimonio, hasta que el marido mal use.» Cuando el marido hace mal uso de los bienes muebles, la dote está en peligro según el art. 1,443, aunque la dote pertenezca al marido, pero le es aportado con un destino, un cargo; el marido debe emplearla en este destino convencional; si no lo hace, hace mal uso: luego la dote está en peligro. (1)

Los productos de los propios de la mujer son igualmente dotales, puesto que entran en la comunidad para ayudar al marido á soportar los cargos del matrimonio. Debe decirse

1 Toullier, t. VII, 1, pág. 29, núm. 23.

de los productos de los inmuebles lo que acabamos de decir de los muebles: se hacen propiedad del marido, pero esto es con un cargo ó un destino resultante de la convención tácita de los esposos; los productos deben ser empleados en las necesidades de la familia. En este sentido son dotales, aunque sean propiedad del marido, y si el marido hace mal uso de ellos la dote está en peligro.

En definitiva, bajo el régimen de la comunidad legal, la dote se vuelve siempre propiedad del marido, y aunque sea de principio que el marido es señor y dueño de la comunidad y que puede perder y disipar los bienes comunes, hay un contrapeso á esta autoridad absoluta. Si abusa, la mujer puede pedir la separación, es decir, la disolución de una sociedad que no está contraída para dar al marido el derecho de abusar En este sentido, la dote de la mujer está en peligro, aunque haya transferido la propiedad al marido. La jurisprudencia está en este sentido, (1) y en este punto no puede haber dudas, puesto que el texto del art. 1,443, combinado con el art. 1,540, lo dice.

210. El art. 1,443 contiene otra expresión cuyo sentido debe ser precisado: cuando el desorden de los negocios del marido da lugar á temer que los *bienes* de éste no sean *suficientes* para *llenar* los *derechos* y *devoluciones* de la mujer, ésta puede pedir la separación de bienes. ¿Qué debe entenderse por *derechos* y *devoluciones?* Comenzaremos por la palabra *devoluciones* que ha dado lugar á una interpretación errónea. Se dice que la ley se aplica al caso en el que la mujer tiene derechos y devoluciones que ejecutar en vista de su *contrato de matrimonio.* (2) Esto supone una comunidad convencional; luego la explicación no conviene al artículo 1,433 que se encuentra en el capítulo de la *Comunidad*

1 Gand, 15 de Enero de 1859 (*Pasicrisia*, 1859, 2, 363).
2 Troplong, t. I, pág. 386, núm. 1,322.

Legal, lo que existe cuando los esposos no han hecho contrato. Debe, pues, verse cuáles son las *devoluciones* que tiene que ejercer la mujer, bajo el régimen de la comunidad legal, sin ninguna estipulación. El art. 1,472 califica de *devoluciones* las sumas que los esposos toman de la masa antes de dividirla; según el art. 1,470, los esposos vuelven á tomar sus propios inmuebles cuando éstos existen en naturaleza; si los han enajenado vuelven á tomar los bienes que se adquirieron en reemplazo ó el precio que había entrado en la comunidad. Los esposos toman también ó vuelven á tomar las indemnizaciones que les debe la comunidad; lo que supone que los esposos tienen propios, pues la comunidad sólo les debe indemnización cuando ha sacado provecho de los bienes personales de los esposos (art. 1,433). Cuando la mujer tiene devoluciones que ejercer, tiene una acción en los bienes de su marido en caso de insuficiencia de los bienes comunes; por razón de este recurso es como puede pedir la separación, según el art. 1,443, cuando el desorden de los negocios de su marido da lugar á temer que los bienes de éste no sean suficientes para llenar las devoluciones de la mujer.

Tal es la explicación legal de la palabra *devolución*; no pudiera contestarse, puesto que está tomada del mismo texto de la ley. La jurisprudencia la ha consagrado decidiendo que las devoluciones de la mujer, aunque eventuales, le permiten pedir la separación de bienes. Las devoluciones no pueden ejercerse sino en la disolución de la comunidad; en este sentido siempre son eventuales; si la mujer tiene compensaciones contra la comunidad, ésta puede también tenerlos contra la mujer. Estas respectivas recompensas se liquidan después de la disolución de la comunidad, solamente entonces es cuando puede calcularse quién es acreedor y quién deudor. Aun hay más; la Corte de Lieja ha sentenciado que la mujer podía pedir la separación aunque

no tuviera devoluciones actuales que ejercer; basta que pueda tenerlas, y lo puede desde que tiene propios. El marido cuyos negocios están mal buscará recursos en los bienes de la mujer, de los que tiene la administración y el goce; los guardará, hará corte de leña que no tiene derecho de hacer, consentirá arrendamientos ruinosos para la mujer, estipulando corretajes en su provecho, sacará á su mujer el consentimiento para vender sus propios y empleará el dinero en pagar sus deudas. Hé aquí muchas causas de devoluciones futuras, eventuales, es verdad, pero que el desorden mismo de los negocios del marido realizará; y este desorden, que da lugar á las devoluciones, colocará al mismo tiempo á la mujer en la imposibilidad de ejercerlas, puesto que el marido disipará sus propios bienes como lo hace con los de la mujer. Debe, pues, permitirse á ésta pedir la disolución de la comunidad para impedir su ruina, que sería segura. (1)

211. Queda la palabra *derechos*. ¿Cuáles son los *derechos* por los que la mujer puede pedir la separación? Se pudiera creer que la ley entiende garantizar todos los derechos que puede tener la mujer, bajo el régimen de la comunidad, cualesquiera que sean. Es, en efecto, á este principio al que conducen la doctrina y la jurisprudencia, y el principio así formulado se funda en la razón. La mujer está asociada, pero es un socio dependiente, no tiene ningún medio de impedir que el marido mal use de su autoridad absoluta; es como garantía contra este despotismo por lo que la ley da á la mujer el derecho de romper una sociedad que no alcanza el objeto por el que fué contraída. No es para perder sus derechos por lo que la mujer se asoció, fué para conservarlos y acrecentarlos; si, pues, el desorden de los negocios del marido compromete un derecho cualquiera de la mujer ésta debe tener el derecho de promover en separación.

1 Lieja, 3 de Julio de 1830 (*Pasicrisia*), 1830, pág. 170) y 3 de Julio de 1833 (*ibid*, 1833, 2, 191).

Tal es la verdadera teoría: ¿pero es este el sentido de la palabra *derechos* en el art. 1,443? La negativa es segura. En efecto, la ley limita el sentido vago de la palabra *derechos*, diciendo que estos derechos deben dar á la mujer una acción en los bienes del marido, acción que el desorden de los negocios de éste amenaza hacerlos ineficaces. Hay, pues, que ver cuáles son los derechos por los que la mujer tiene acción en los bienes personales del marido. El art. 1,472 contesta á la pregunta, es el único que da á la mujer un recurso en los bienes del marido, y la ley sólo le concede esta acción para sus devoluciones. Luego la palabra *derechos* en el art. 1,443 es sinónimo de *devoluciones*: es inútil, pudiera borrarse, pues de él no resulta una causa especial que permita á la mujer promover la separación de bienes. Es, sin duda, por esta razón por lo que los autores ni siquiera hablan de los *derechos* de la mujer; es decir, que, en su opinión, los derechos se confunden con las devoluciones.

212. Ahora nos ha de ser fácil contestar á la cuestión de saber si el art. 1,443 prevee dos causas distintas por las cuales la separación puede ser pedida, ó si sólo prevee una. La cuestión tiene su interés práctico como lo diremos más adelante (núm. 218). La mayor parte de los autores enseñan que las dos causas que el art. 1,443 parece admitir sólo forman una sola. (1) «Las dos partes de la frase, se dice, expresan el mismo pensamiento, el uno bajo forma concisa, el otro por una perífrasis. En efecto, la *dote* está en *peligro* cuando se teme que la mujer no ejerza útilmente su derecho de *rehacerse* de ella; y asimismo cuando los *derechos y devoluciones* de la mujer están amenazados, puede decirse que la *dote* está en *peligro*, pues estos *derechos* y *devoluciones* representan el patrimonio de la mujer, valores que hacían parte de su *dote*.»

1 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 229, núm. 91 bis II. Marcadé, t. V, página 581, núm. 1 del art. 1,443.

Creemos que esta interpretación es contraria al texto terminante de la ley. El Código distingue el peligro que puede amenazar los intereses de la mujer, ya sea por razón de su *dote*, ya por razón de sus *devoluciones*. ¿Es verdad que la dote y las devoluciones se confunden? Bajo el régimen de la comunidad legal, la *dote* comprende los bienes que se vuelven propiedad del marido; la mujer no tiene el derecho de volverlos á tomar, puesto que hacen parte de la comunidad; la mujer toma la mitad de la comunidad cuando acepta; sus muebles pueden encontrarse en ella así como las economías hechas en sus rentas, pero no es con este título como los vuelve á tomar; toma la mitad de los bienes que componen el activo social. No se *rehace*, pues, de sus bienes por vía de *devolución*, toma la mitad de la comunidad como socio. Esto no es una disputa de palabras. Si la mujer *volviera á tomar* sus bienes ó se *rehacía* de ellos, tendría *devolución* de sus muebles; ejercería esta *devolución* en los bienes de su marido en caso de insuficiencia de la comunidad, y aun en caso de renuncia tendría derecho á ellos. Y es bien seguro que la mujer no tiene *devolución* por su *dote* y que pierde todo derecho en *ella* cuando renuncia.

Es igualmente inexacto decir que las *devoluciones* de la mujer representan valores que hacían parte de su *dote*. La mujer no tiene devolución que ejercer sino por cuanto á sus propios, y sus propios no son dotales. ¿Acaso el inmueble propio que la mujer vuelve á tomar hace parte de su dote? Nó, pues la dote son los bienes que caen en la comunidad, y los propios que dan lugar á las devoluciones no caen en ella.

La distinción que hace el Código entre la dote y las devoluciones, verdadera en teoría, lo es también en la aplicación. Supongamos, lo que sucederá con frecuencia, que la fortuna de la mujer sea exclusivamente mobiliar: ¿tiene en este caso derechos de *devolución* que ejercer? Nó, todo su mobiliar

presente y futuro cae en la comunidad; nada tiene propio; luego es imposible que tenga *devoluciones*. ¿Puede pedir la separación de bienes? Sí, porque tiene una dote y ésta puede encontrarse en peligro, lo que da á la mujer el derecho para promover. Así promoverá la separación, tenga ó no devoluciones. La segunda parte del art. 1,443 será, pues, inaplicable; por lo tanto, no es exacto decir que esta segunda parte es la perífrasis de la primera. Si se supone que los bienes de la mujer sean exclusivamente inmuebles, tendrá devoluciones por las que podrá promover en separación. ¿Podrá también pedirla porque su dote está en peligro? Para las rentas ó productos sí, y por el goce que cae en la comunidad. Pero la propiedad de los inmuebles no es dotal; luego para la propiedad, la segunda parte del art. 1,443 será aplicable y la primera no lo será. Prueba que ambos casos no se confunden y no forman uno solo. La jurisprudencia belga está en este sentido. (1)

Núm. 2. Aplicación.

213. La mujer aporta en dote efectos muebles que caen en la comunidad. ¿Puede por ello pedir la separación de bienes? La afirmativa es segura, pero importa precisar los motivos para decidir. Conste desde luego que tal es la tradición; lo que es decisivo en nuestra materia, enteramente tradicional. Pothier cita en este caso, como ejemplo, no en apoyo del principio que la mujer puede promover la separación, sino para establecer que la mujer puede aceptar la comunidad aunque haya obtenido la separación. Una mujer aportó á la comunidad todos sus bienes que consistían en bienes muebles. No hizo contrato de matrimonio; no tiene, pues, derecho de volver á tomar lo que aportó. Pero apercibe que su marido malgastó una gran parte de su dote y que está en vía de

1 Lieja, 3 de Julio de 1830 (*Pasicrisia*, 1830, pág. 170).

malgastar lo que resta. Pide la separación dando prueba de los desórdenes de su marido. Pothier ni siquiera piensa en contestar el derecho de la mujer; nadie lo contestaba. El Código ha consagrado la tradición; permite á la mujer pedir la separación de bienes cuando su dote está en peligro; y bajo el régimen de la comunidad el mobiliar de la mujer es dotal y se vuelve propiedad del marido; nada tiene que restituir; la mujer no tiene, pues, devoluciones que ejercer, pues no tiene propios. No es en virtud de la segunda parte del artículo 1,443 como promueve, pide la separación porque su dote está en peligro. (1) ¿Por qué tiene la mujer derecho para pedir la separación? Se dan razones que nosotros no podemos aceptar. La mujer, se dice, toma la mitad de la comunidad, esta parte representa las *devoluciones* que hubiere estipulado; si el desorden de los negocios del marido compromete estas *devoluciones* tiene derecho á pedir la separación. (2) ¿Cómo puede calificarse de *devoluciones* un derecho que la mujer ejerce como socio aunque no aporte nada al matrimonio? La devolución implica bienes que han quedado *propios* á la mujer, pues no puede *volver á tomar* lo que no le pertenece ya. Y en el ejemplo de Pothier la mujer no tiene propios; ¿cómo pudiera tener devoluciones? Es, pues, explicarse mal el decir que la mujer puede pedir la separación de bienes cuando por razón del desorden en los negocios del marido es de temerse que no pueda *cobrar* una suma igual á la que puso en la comunidad. (3) La mujer nada tiene que *cobrar* cuando su dote es mobiliar, pues dicho dote cae en la comunidad y se vuelve la irrevocable propiedad del marido. ¿Por qué á pesar de esto tiene la mujer el derecho de promover en separación? La mujer sólo puso su fortuna en comunidad con la esperanza

1 Aubry y Rau, t. V, pág. 391, nota 9, pfo. 515. Nancy, 14 de Marzo de 1837 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 1,629).
2 Durantón, t. XIV, pág. 540, núm 503.
3 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 231, núm. 91 *bis* VI.

presente y futuro cae en la comunidad; nada tiene propio; luego es imposible que tenga *devoluciones*. ¿Puede pedir la separación de bienes? Sí, porque tiene una dote y ésta puede encontrarse en peligro, lo que da á la mujer el derecho para promover. Así promoverá la separación, tenga ó no devoluciones. La segunda parte del art. 1,443 será, pues, inaplicable; por lo tanto, no es exacto decir que esta segunda parte es la perífrasis de la primera. Si se supone que los bienes de la mujer sean exclusivamente inmuebles, tendrá devoluciones por las que podrá promover en separación. ¿Podrá también pedirla porque su dote está en peligro? Para las rentas ó productos sí, y por el goce que cae en la comunidad. Pero la propiedad de los inmuebles no es dotal; luego para la propiedad, la segunda parte del art. 1,443 será aplicable y la primera no lo será. Prueba que ambos casos no se confunden y no forman uno solo. La jurisprudencia belga está en este sentido. (1)

Núm. 2. Aplicación.

213. La mujer aporta en dote efectos muebles que caen en la comunidad. ¿Puede por ello pedir la separación de bienes? La afirmativa es segura, pero importa precisar los motivos para decidir. Conste desde luego que tal es la tradición; lo que es decisivo en nuestra materia, enteramente tradicional. Pothier cita en este caso, como ejemplo, no en apoyo del principio que la mujer puede promover la separación, sino para establecer que la mujer puede aceptar la comunidad aunque haya obtenido la separación. Una mujer aportó á la comunidad todos sus bienes que consistían en bienes muebles. No hizo contrato de matrimonio; no tiene, pues, derecho de volver á tomar lo que aportó. Pero apercibe que su marido malgastó una gran parte de su dote y que está en vía de

1 Lieja, 3 de Julio de 1830 (*Pasicrisia*, 1830, pág. 170).

malgastar lo que resta. Pide la separación dando prueba de los desórdenes de su marido. Pothier ni siquiera piensa en contestar el derecho de la mujer; nadie lo contestaba. El Código ha consagrado la tradición; permite á la mujer pedir la separación de bienes cuando su dote está en peligro; y bajo el régimen de la comunidad el mobiliar de la mujer es dotal y se vuelve propiedad del marido; nada tiene que restituir; la mujer no tiene, pues, devoluciones que ejercer, pues no tiene propios. No es en virtud de la segunda parte del artículo 1,443 como promueve, pide la separación porque su dote está en peligro. (1) ¿Por qué tiene la mujer derecho para pedir la separación? Se dan razones que nosotros no podemos aceptar. La mujer, se dice, toma la mitad de la comunidad, esta parte representa las *devoluciones* que hubiere estipulado; si el desorden de los negocios del marido compromete estas *devoluciones* tiene derecho á pedir la separación. (2) ¿Cómo puede calificarse de *devoluciones* un derecho que la mujer ejerce como socio aunque no aporte nada al matrimonio? La devolución implica bienes que han quedado *propios* á la mujer, pues no puede *volver á tomar* lo que no le pertenece ya. Y en el ejemplo de Pothier la mujer no tiene propios; ¿cómo pudiera tener devoluciones? Es, pues, explicarse mal el decir que la mujer puede pedir la separación de bienes cuando por razón del desorden en los negocios del marido es de temerse que no pueda *cobrar* una suma igual á la que puso en la comunidad. (3) La mujer nada tiene que *cobrar* cuando su dote es mobiliar, pues dicho dote cae en la comunidad y se vuelve la irrevocable propiedad del marido. ¿Por qué á pesar de esto tiene la mujer el derecho de promover en separación? La mujer sólo puso su fortuna en comunidad con la esperanza

1 Aubry y Rau, t. V, pág. 391, nota 9, pfo. 515. Nancy, 14 de Marzo de 1837 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 1,629).
2 Durantón, t. XIV, pág. 540, núm 503.
3 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 231, núm. 91 *bis* VI.

de que la aumentaría mediante la asociación: tal es la regla en efecto. Esta esperanza es en su mente la condición tácita bajo la que contrae. Si consiente en dar á su marido un poder absoluto en sus bienes, esto es porque esta libertad de promover es favorable al espíritu de empresa. Pero si el marido, en lugar de administrar bien los bienes comunes, los disipa, ya sea en gastos locos, ya en malas especulaciones, la comunidad no tiene ya razón de ser; no cumpliendo el marido con las obligaciones que contrajo, la mujer debe tener el derecho de pedir la disolución de una convención que el marido no ejecuta. Esto es una especie de condición resolutoria tácita, salvo que la comunidad no está resuelta, está disuelta. (1)

Bajo el régimen de la comunidad la dote comprende el mobiliar presente y futuro de la mujer. Los muebles futuros son ordinariamente más considerables que los presentes, porque es raro que la mujer haya recogido sus sucesiones cuando el matrimonio. De ahí la cuestión de saber si la mujer puede pedir la separación cuando los bienes que espera aun no le son vencidos. La afirmativa es de jurisprudencia y nos parece segura. El texto está escrito en los más generales términos, habla de la dote que se encuentra en peligro; y bajo el régimen de la comunidad el mobiliar futuro es dotal tanto como el presente. Se dice en vano que la dote no puede hallarse en peligro mientras que la mujer no la trae al marido; se la aporta por el solo hecho de casarse bajo el régimen de la comunidad, en este sentido: que el marido tiene el derecho de recibir los bienes futuros de la mujer; él es quien, en la opinión común, acepta la sucesión, él quien la reparte, le pertenece en virtud de las convenciones matrimoniales. Luego los bienes futuros que tocan á la mujer son una dote en el sentido del art. 1,443. El espíritu de la ley no deja ninguna duda en este punto. Quiere garantizar

1 Troplong, t. I, pág. 383, núm. 1,313.

á la mujer contra la mala administración del marido, y no sería garantizarla si no se permitiera á la mujer promover sino hasta que el marido hubiera recibido los bienes, lo que le daría tiempo para gastarlos inmediatamente. El remedio de la separación tiene por objeto poner á la mujer al abrigo del peligro que la amenaza, y el peligro supone precisamente males futuros, luego puede existir para los bienes futuros. Volveremos á esta cuestión más adelante.

La jurisprudencia está en este sentido. En un caso en el que la mujer nada había aportado cuando el matrimonio, la Corte de Colmar admitió la separación poniendo en principio que la ley entiende garantizar el porvenir de la mujer, y que si no aportó dote al casarse puede adquirir bienes por su trabajo, su industria ó por sucesiones. Basta en esta interpretación que el desorden de los negocios del marido comprometa los derechos puramente eventuales de la mujer. (1)

214. Lo que decimos del capital mueble se aplica á los productos de los propios de la mujer. Estos productos entran en la comunidad con un destino convencional: el contrato tácito que se forma entre los esposos al casarse bajo el régimen de la comunidad legal dice que la mujer pone los productos de sus bienes en común para soportar los cargos del matrimonio. Si el marido no los emplea en este destino falta á la ley del contrato y, por consiguiente, la mujer puede pedir la disolución. Esto es de tradición. Cochin, en uno de sus elegantes alegatos, parece decir que la mujer no tiene el derecho de inquirir el empleo que el marido da á las rentas de sus propios; esto sería rebajar el estado del marido, dice; sería colocarlos bajo el yugo de sus mujeres y reducirlos á la simple calidad de intendentes de sus bienes, de los que se pudiera despojarlos si no se fuera contento con

1 Colmar, 11 de Mayo de 1835 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 1,636). Lieja, 3 de Julio de 1830 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 1,638, 1.° y *Pasicrisia*, 1830, pág. 170).

su administración. (1) Hé aquí un tema que se presta á la declamación judicial; d'Argentré había de antemano reducido esta elocuencia á la nada, diciendo que el marido tiene derecho á las rentas á cargo de mantener á la mujer y á sus hijos. (2) Si el marido administra de manera que esta manutención esté comprometida, puede decirse á la letra que la dote está en peligro. Parece extraño á primera vista que la mujer pueda quitar al marido la administración y el goce de sus propios después de haberlo constituido dueño y señor de ellos. Esto es confundir el poder marital, mientras dura la comunidad, con las garantías que la ley da á la mujer contra el exceso de este poder. Siendo la autoridad del marido limitada, la garantía de la mujer debe también serlo.

La jurisprudencia es numerosa acerca de este punto, prueba que el mal es frecuente y el remedio necesario. Se lee en una sentencia muy antigua de la Corte de Rennes, que el cuidado de la subsistencia de la mujer y de los hijos impone á los tribunales el deber de restablecer á la mujer en el goce de sus bienes. Estos son los términos que usa d'Argentré. La Corte agrega que no sería justo obligar á la mujer á continuar en una sociedad desigual. (3) Este es el motivo de derecho y de equidad. Si la comunidad da al marido un poder absoluto, es por interés de la sociedad conyugal; desde el momento en que la administración del marido compromete este interés, tanto así que la subsistencia de la mujer y de los hijos no esté ya asegurada, la mujer debe tener el derecho de romper una sociedad que destruye sus derechos en lugar de conservarlos. Cuando el mal es actual no hay la menor duda; la misma Corte ha pronunciado la separación de bienes contra un marido disipador que dejaba á sus

1 Cochin, *Obras*, t. V, pág. 142. Toullier, t. VII, 2, pág. 34, núm. 29.
2 D'Argentré, acerca del art. 433 de la *Costumbre de Bretaña*.
3 Rennes, 13 de Marzo de 1813 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 1,631).

hijos y á su mujer faltándoles lo necesario. (1) La Corte de Casación ha decidido en principio que hay lugar á pronunciar la separación cuando el marido se ha puesto en la imposibilidad de ministrar la subsistencia á su familia, subsistencias que las rentas de la dote están llamadas á satisfacer. En el caso, el primer juez había comprobado que no se podía dejar por más tiempo la administración de los bienes dotales al marido sin comprometer la existencia de la familia. (2)

¿Deberá esperarse que la familia esté sin lo necesario para que la mujer pueda promover? La decisión depende de la interpretación que se da á estas palabras del art. 1,443: «*hallándose en peligro* la dote.» Volveremos á ello. Lo que acabamos de decir conduce á la consecuencia formulada por la jurisprudencia (3) y por los autores (4) de que la dote se halla en peligro cuando los productos de los propios de la mujer están desviados de su destino legal ó, por mejor decir, convencional. En lugar de servir para las necesidades de la familia, se les emplea en pagar deudas del marido; (5) no es este el objeto de la comunidad, luego debe disolverse si así lo pide la mujer.

215. Si la mujer nada aportó, ni dote mueble ni dote inmueble, ¿puede, sin embargo, pedir la separación de bienes? Según la letra del art. 1,443 habría que contestar negativamente. Es seguro que no puede tratarse de devoluciones cuando no hay propios. Tampoco se puede decir que la dote de la mujer está en peligro, puesto que en el sentido legal de la palabra no tiene dote. La definición de la dote

1 Rennes, 31 de Mayo de 1820 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 1,631).
2 Denegada, 28 de Febrero de 1842 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm 1633).
3 Bruselas, 12 de Diciembre de 1832 (*Pasicrisia*, 1832, pág. 288). Grenoble, 16 de Marzo de 1855 (Dalloz, 1855, 5, 405.
4 Rodiére y Pont, t. II, pág. 602, núm. 2,102. Troplong, t. I, pág. 383, número 1,313; Colmet de Santerre, t. VI, pág. 230, núm. 91 *bis* IV.
5 Orleáns, 7 de Agosto de 1845 (Dalloz, 1846, 2, 115).

dada por el art. 1,540 supone que la mujer aportó un *bien* al marido, y por *bien* la ley entiende las cosas muebles ó inmuebles que pertenecen á la mujer cuando el matrimonio, ó que le vencerán durante él; los arts. 1,542 y 1,550-1554, no dejan ninguna duda en este punto. Luego la mujer que no aporta al marido efectos muebles ni inmuebles, no tiene dote; desde luego es imposible decir que la dote de la mujer se encuentra en peligro. ¿Cuáles son los derechos de la mujer que no tiene dote? Tiene un derecho eventual en la partición de la comunidad, si la acepta. La cuestión está, pues, en saber si por razón de este derecho en la comunidad la mujer puede pedir la separación. Según el texto, nó. Hay, pues, que ocurrir á la tradición.

Pothier presenta claramente la cuestión: «Siendo el peligro de la dote de la mujer el fundamento ordinario de las demandas de separación de bienes ¿debe concluirse que la mujer que no aportó ninguna dote á su marido no pueda nunca pedir dicha separación?» Pothier contesta: «Nó, pues la mujer que no aportó ninguna dote puede tener un talento que la reemplace, como cuando es hábil costurera, buena bordadora, etc. Si esta mujer tiene un marido derrochador, entrando todos los productos de su trabajo en la comunidad sólo sirven para fomentar los desórdenes de su marido ó para pagar á sus acreedores; la mujer tiene, pues, interés en obtener la separación de bienes para conservar en el porvenir lo que gana con su talento.» (1)

La palabra *dote* tiene, pues, en la tradición, en lo que se refiere á la separación de bienes, una significación especial: la industria de la mujer reemplaza su dote. Bajo el punto de vista de los principios, esta doctrina se justifica perfectamente. Los productos del trabajo de la mujer entran en la comunidad (art. 1,498). ¿Por qué? Para soportar los cargos del matrimonio. Si la mujer trae cada año mil francos

1 Pothier, *De la comunidad*, núm. 512.

procedentes de su industria, aporta realmente á su marido un *bien*; no importa que esto sea en efectos muebles que le pertenezcan ó que le toquen de una sucesión, lo que es el sentido ordinario de la palabra *dote*, ó que sea dinero que aporta á medida que lo va ganando; lo seguro es que tiene una parte puesta en la sociedad que existe entre ella y su marido, esta parte se llama dote en materia de comunidad. Si esta dote se encuentra en peligro ¿por qué no podrá la mujer pedir la separación de bienes? ¿Se dirá que esto es extender el art. 1,443? Sea, pero ¿cuál es el principio que se opone á ello? El texto no es restrictivo, y el espíritu de la ley mucho menos. (1) La tradición, en una materia tradicional puede ser invocada para interpretar el Código, y la tradición es decisiva.

La doctrina está en este sentido, así como la jurisprudencia. Los autores consideran el trabajo de la mujer como una dote. Se puede, en efecto, aplicar al producto del trabajo lo que hemos dicho de la dote que consta en un bien mueble ó inmueble. La mayor parte de las comunidades no tienen otro activo que aquel que procede de la industria de cada esposo; el producto del trabajo de los esposos está destinado, lo mismo que la dote propiamente dicha, á mantener á la familia y formar un capital para el porvenir mediante la economía. Esta dote, ministrada por el trabajo, está en peligro cuando el marido la desvía de su destino empleándola en gastos locos ó en especulaciones ruinosas. La analogía es completa; desde luego debe decirse que cuando hay los mismos motivos para decidir debe haber la misma decisión. (2)

216. La cuestión se hace más dudosa cuando la mujer no

1 Aubry y Rau, t. V, pág. 390, nota 8, pfo. 516.

2 Colmet de Santerre (t. VI, pág. 231, núm. 91 *bis* V), Troplong (t. I, página 385, núm. 1,319), Toullier (t. VII, 1, pág. 34, núm. 29) y Durantón (tomo XIV, pág. 541, núm. 404) invocan consideraciones morales que son insuficientes para fundar un derecho. Compárese Lieja, 23 de Abril de 1831 (*Pasicrisia*, 1831, pág. 105). Bruselas, 31 de Enero de 1838 (*Pasicrisia*, 1838, pág. 21).

tiene ningún bien ni ninguna profesión; en este caso no tiene dote en el sentido legal de la palabra, ni en el sentido tradicional tal como lo explica Pothier. Sin embargo, creemos que aun en este caso la mujer puede pedir la separación de bienes. Tiene un derecho en la comunidad, los bienes que la componen están destinados á la manutención de la familia; si el marido usa mal de su poder absoluto, gasta dichos bienes, no queda asegurada la subsistencia de la familia, el objeto de la sociedad conyugal no se alcanza. Bajo el punto de vista de los principios, esto bastaría para que la mujer pueda promover la separación. Pero esto no basta, según el texto del art. 1,443; éste exige una dote que esté en peligro, es decir, un bien procedente de la mujer y que ha entrado por su parte en la comunidad. Debe, pues, verse si hay un bien procedente de la mujer. Puede decirse que en toda comunidad hay una parte procedente de la mujer. Si la industria de la mujer reemplaza la dote, por identidad de razón, su colaboración, su espíritu de orden y economía deben también considerarse como una dote. Es el trabajo de la mujer en la más lata acepción de la palabra el que contribuye á la prosperidad de la casa. Si el marido ministra los productos de sus bienes ó de su industria, la mujer los emplea útilmente y los economiza para el porvenir. Tiene, pues, siempre una parte en la comunidad, luego siempre una dote; su colaboración de mujer de casa es también una dote, pues gana más gobernando su casa con inteligencia que bordando ó cosiendo. ¿Se dirá que esto es una teoría sin base en el texto ni en la tradición? Invocamos el art. 1,498 que habla de la *industria común* de los esposos y que recibe su aplicación á la mujer y al trabajo que constituye su misión. Invocamos también la tradición. Se lee una acta notariada del Chatelet: «No es justo esperar que el bien que fué adquirido *ex mutua collaboratione* esté malgastado y que una mujer que justifica que su marido, por sus desórdenes, *ver-*

git ad inopiam, puede pedir la separación y la partición de la comunidad. (1) Este es el principio tal cual lo hemos formulado; es la *industria común* de los esposos, como dice el art. 1,498, lo que en la mayor parte de las familias es el único elemento de la comunidad; la mujer tiene seguramente parte en ella; en este sentido tiene una dote, luego debe tener el derecho de pedir la separación cuando el fruto de sus economías se malgasta y que está amenazada de quedar sin recursos. Sin embargo, la cuestión es dudosa y se concibe que los autores (2) así como los tribunales estén divididos. (3)

217. Nos falta decir algunas palabras de las devoluciones; el art. 1,443 permite á la mujer pedir la separación de bienes cuando el desorden de los negocios del marido da lugar á temer que los bienes de éste no sean suficientes para llenar los derechos y devoluciones de la mujer. Hemos explicado el texto (núm. 210) y la aplicación no da lugar á ninguna dificultad en lo que se refiere á los derechos de la mujer. Las devoluciones que la mujer puede ejercer en los bienes personales del marido, en caso de insuficiencia de la comunidad, son el reintegro de los propios, ó de su precio, ó de las indemnizaciones á las que el esposo tiene derecho cuando la comunidad aprovechó dichos propios. Es, pues, necesario que la mujer tenga propios para que tenga derecho á devoluciones. Se necesita, además, que haya desorden en los negocios del marido y que este desorden sea un peligro para la mujer. En primer lugar, la comunidad será mala en vista de estos desórdenes, de manera que la mujer no podrá ejercer sus devoluciones en los bienes comunes.

1 Pothier, *De la comunidad*, núm. 520.

2 Marcadé, t. V, pág. 581, núm. 1 del art. 1,443; Troplong, t. I, pág. 386 núm. 1,321; Rodière y Pont, t. III, pág. 601, núm. 2,101. En sentido contrario, Aubry y Rau, t. V, pág. 391, nota 9, pfo. 516 y los autores que citan.

3 Angers, 16 de Marzo de 1808 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 1,636); Liejs, 5 de Junio de 1833 (*Pasicrisia*, 1833, 2, 170). En sentido contrario, París, 9 de Julio de 1811 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 1,637) y Metz, 14 de Abril de 1821 (*ibid*, núm. 1,646).

Tendrá, en este caso, recurso contra los bienes del marido, pero este recurso puede también hacerse ilusorio á consecuencia de los malos negocios del marido. En estas circunstancias, no sólo la dote mueble estará en peligro sino también los propios de la mujer estarán amenazados de perecer en el naufragio: sólo le queda una vía de salvación, ésta es la separación de bienes. (1)

Núm. 3. De las pruebas.

218. La mujer que pide la separación de bienes debe probar la existencia de las causas por las que la ley le permite promover la disolución de la comunidad. ¿En qué consiste esta prueba? Esta cuestión da lugar á numerosas dificultades. Creemos que provienen de la confusión que hacen la mayor parte de los autores de las dos causas por las que la separación puede ser pedida: el peligro de la dote y el peligro de las devoluciones. Si se admite que ambas causas sólo constituyen una sola, resulta que se debe aplicar al peligro de la dote lo que la ley dice de las devoluciones, es decir, que la mujer deberá probar en todos los casos el desorden de los negocios del marido, y que pruebe que este desorden da lugar á temer que estos bienes no sean suficientes para llenar los derechos de la mujer, ya cuanto á su dote, ya cuanto á sus devoluciones.

En nuestro concepto, el texto de la ley se resiste á esta interpretación. La dote de la mujer, bajo el régimen de la comunidad legal, nunca da lugar á una acción en los bienes personales del marido, pues esta dote entra en la comunidad y la mujer no tiene ya ningún derecho en ella; sus efectos muebles y sus rentas se confunden en la masa, la mujer sólo tiene ya derecho en ellas como copartícipe; aunque el marido hubiese disipado todas sus rentas y toda su fortuna

1 No hay para qué distinguir entre las devoluciones actuales y las devoluciones futuras. Bruselas, 12 de Diciembre de 1832 (*Pasicrisia*, 1832, pág. 288).

mueble, es decir, toda su dote, la mujer no tendría por este punto ninguna acción en los bienes de su marido. Luego es imposible aplicar al peligro de la dote lo que dice el final del art. 1,443 hablando de los derechos y devoluciones de la mujer, pues si estas devoluciones dan á ésta el derecho de promover la separación, esto es porque la mujer puede actuar contra los bienes personales de su marido; sólo es en este caso en el que hay lugar á probar el desorden de los negocios del marido y la insuficiencia de sus bienes personales. El peligro de la dote existe independientemente de la insuficiencia de los bienes del marido; esta causa de separación nada tiene de común con los bienes del marido, porque la mujer no tiene ninguna acción en estos bienes por razón de su dote. Es, pues, de toda necesidad distinguir las dos causas que dan lugar á la separación; cada una tiene sus condiciones particulares, luego cada una tiene también sus pruebas especiales.

I. ¿Cuándo se encuentra en peligro la dote?

219 La dote de la mujer comprende su fortuna mueble presente y futura y los productos de sus propios. Comencemos por el capital mueble. Si éste se encuentra en peligro la mujer puede pedir la separación. ¿Cuándo puede decirse que la dote mueble está en peligro? El peligro no concierne la restitución de la dote, pues ésta no se restituye á la mujer, no tiene ésta ninguna acción contra su marido por este punto; el peligro sólo existe, pues, relativamente al empleo de la dote. ¿Para qué la aportó la mujer al marido? La ley lo dice: es para subvenir á los cargos del matrimonio; agreguemos: y para hacer fructificar y prosperar la puesta social de ambos esposos. Toda sociedad se contrata con espíritu de ganancia (art. 1,832); la comunidad no hace excepción: los esposos procuran aumentar su fortuna, menos para

Tendrá, en este caso, recurso contra los bienes del marido, pero este recurso puede también hacerse ilusorio á consecuencia de los malos negocios del marido. En estas circunstancias, no sólo la dote mueble estará en peligro sino también los propios de la mujer estarán amenazados de perecer en el naufragio: sólo le queda una vía de salvación, ésta es la separación de bienes. (1)

Núm. 3. De las pruebas.

218. La mujer que pide la separación de bienes debe probar la existencia de las causas por las que la ley le permite promover la disolución de la comunidad. ¿En qué consiste esta prueba? Esta cuestión da lugar á numerosas dificultades. Creemos que provienen de la confusión que hacen la mayor parte de los autores de las dos causas por las que la separación puede ser pedida: el peligro de la dote y el peligro de las devoluciones. Si se admite que ambas causas sólo constituyen una sola, resulta que se debe aplicar al peligro de la dote lo que la ley dice de las devoluciones, es decir, que la mujer deberá probar en todos los casos el desorden de los negocios del marido, y que pruebe que este desorden da lugar á temer que estos bienes no sean suficientes para llenar los derechos de la mujer, ya cuanto á su dote, ya cuanto á sus devoluciones.

En nuestro concepto, el texto de la ley se resiste á esta interpretación. La dote de la mujer, bajo el régimen de la comunidad legal, nunca da lugar á una acción en los bienes personales del marido, pues esta dote entra en la comunidad y la mujer no tiene ya ningún derecho en ella; sus efectos muebles y sus rentas se confunden en la masa, la mujer sólo tiene ya derecho en ellas como copartícipe; aunque el marido hubiese disipado todas sus rentas y toda su fortuna

1 No hay para qué distinguir entre las devoluciones actuales y las devoluciones futuras. Bruselas, 12 de Diciembre de 1832 (*Pasicrisia*, 1832, pág. 288).

mueble, es decir, toda su dote, la mujer no tendría por este punto ninguna acción en los bienes de su marido. Luego es imposible aplicar al peligro de la dote lo que dice el final del art. 1,443 hablando de los derechos y devoluciones de la mujer, pues si estas devoluciones dan á ésta el derecho de promover la separación, esto es porque la mujer puede actuar contra los bienes personales de su marido; sólo es en este caso en el que hay lugar á probar el desorden de los negocios del marido y la insuficiencia de sus bienes personales. El peligro de la dote existe independientemente de la insuficiencia de los bienes del marido; esta causa de separación nada tiene de común con los bienes del marido, porque la mujer no tiene ninguna acción en estos bienes por razón de su dote. Es, pues, de toda necesidad distinguir las dos causas que dan lugar á la separación; cada una tiene sus condiciones particulares, luego cada una tiene también sus pruebas especiales.

I. ¿Cuándo se encuentra en peligro la dote?

219 La dote de la mujer comprende su fortuna mueble presente y futura y los productos de sus propios. Comencemos por el capital mueble. Si éste se encuentra en peligro la mujer puede pedir la separación. ¿Cuándo puede decirse que la dote mueble está en peligro? El peligro no concierne la restitución de la dote, pues ésta no se restituye á la mujer, no tiene ésta ninguna acción contra su marido por este punto; el peligro sólo existe, pues, relativamente al empleo de la dote. ¿Para qué la aportó la mujer al marido? La ley lo dice: es para subvenir á los cargos del matrimonio; agreguemos: y para hacer fructificar y prosperar la puesta social de ambos esposos. Toda sociedad se contrata con espíritu de ganancia (art. 1,832); la comunidad no hace excepción: los esposos procuran aumentar su fortuna, menos para

procurarse para sí los mayores goces cuanto para educar y establecer á sus hijos. Tal es el destino de la dote en la intención de las partes contratantes. Si este destino no se cumple la dote está en peligro, pues si el marido, en lugar de emplearla en las necesidades actuales y futuras de la familia, la gasta, la disipa, la mujer no encontrará ya su puesta cuando la disolución de la comunidad. ¿Cómo evitar la ruina que la amenaza? El marido tiene un poder absoluto para usar y abusar; la mujer no puede intervenir en su administración, no puede oponerse á los actos de mala gestión; sólo tiene un medio para salvar su dote: éste es pedir la disolución de la comunidad. ¿Qué debe probar? El peligro de la dote, es decir, que el marido no la emplea en su destino legal y convencional.

Tal es el texto y el espíritu de la ley cuando la mujer pide la separación por encontrarse su dote en peligro. ¿Se necesita además que pruebe el desorden de los negocios del marido y la insuficiencia de sus bienes? En nuestra opinión la cuestión no tiene sentido. Si la ley habla de la insuficiencia de los bienes del marido es porque la mujer tiene un recurso contra los bienes del marido para el ejercicio de sus devoluciones. Y la dote mueble no da lugar á ninguna devolución, á ninguna acción en los bienes personales del marido; sería, pues, absurdo obligar á la mujer á que probara que los bienes del marido son insuficientes para llenar los derechos de la mujer cuando no tiene derecho en estos bienes. En cuanto al desorden en los negocios del marido, la ley sólo habla de él para inducir que es de temer que los bienes del marido sean insuficientes para el ejercicio de las devoluciones de la mujer. Luego la mujer no necesita probar el desorden cuando sólo se trata del peligro de su dote.

¿Se dirá que el peligro de la dote, tal cual lo entendemos, acusa un cierto desorden, si no en los negocios del marido cuando menos en la gestión de la comunidad? Sin duda,

puesto que en lugar de emplear la dote de la mujer en su destino, el marido abusa de ella en gastos ruinosos para la comunidad. Así, el desorden que supone el peligro de la dote es para con la administración de la comunidad; el marido, en lugar de usar de su poder de señor y dueño para acrecentar la comunidad y enriquecerla, abusa de él. Si continúa esta mala gestión, la ruina de la mujer será la consecuencia, la dote está en peligro; por esto es que la mujer tiene el derecho de demandar la separación de bienes. ¿Qué debe probar? Nada, si no es que el marido no emplea la dote en su destino convencional y legal. Puede suceder que no haya ningún desorden en los negocios del marido: cuida sus bienes y gasta los bienes comunes. ¿Quiere esto decir que la demanda de separación no será admitida? En la opinión general debiera decirse, puesto que se enseña que la mujer debe probar la insuficiencia de los bienes del marido. Esto es absurdo. ¿Qué importa á la mujer que los bienes del marido estén gestionados con cuidado, si su dote es mal gastada y si nada le queda de su fortuna?

220. Excelentes autores se han apercibido de que hay que hacer una distinción entre el peligro de la dote y el peligro de los derechos y devoluciones. Aubry y Rau enseñan que la mujer que pide la separación fundándose en el peligro en que se halla su dote, debe probar que el peligro que alega tiene por causa la mala administración ó la mala conducta del marido. (1) Esto es sobrepasar la ley. Es verdad que cuando el marido no emplea la dote de la mujer en su destino convencional y legal, la causa ordinaria está en una vida de desordenes ó en una mala gestión; de manera que el marido gasta la dote de su mujer en sus excesos ó se hace la presa de los acreedores. Pero la ley no pide que la mujer pruebe la causa del peligro en que se encuentra la dote, sólo exige que la dote esté peligrando y que este hecho

1 Aubry y Rau, t. V, pág. 392 y nota 14, pfo. 516.

esté comprobado. Colmet de Santerre dice muy bien que la ley no quiso obligar á lá mujer á probar la mala conducta de su marido, ó su incapacidad, ó sus especulaciones ruinosas; si se le obligase á ello, la mayor parte de las mujeres retrocederían ante la acción de separación; al establecer una garantía en favor de la mujer, la ley ha tenido que vigilar que esta acción fuese posible; y se haría imposible si para obtener la separación la mujer tuviera que descubrir las faltas de su marido. (1) Se olvida que la vida común continúa en caso de separación de bienes, y ¿cómo había de ser posible la vida común si la mujer debiera probar las faltas de su marido ó su incapacidad para gestionar sus negocios?

221. Lo que hemos dicho de los muebles dotales se aplica á la letra á los productos de los propios de la mujer. Estos productos tienen el mismo destino que la dote mueble; desde que el marido no los emplea á este destino, la dote está en peligro, pues estos productos hacen parte de la dote, y desde que la dote está comprometida hay lugar á la separación. Esto es evidente cuando el temor se ha realizado ya, es decir, cuando la mujer y los hijos no tienen lo necesario. No hay para qué buscar cuáles son las causas del hecho; éste basta por sí.

Debe irse más allá. Aun nada le falta á la mujer, se provee ampliamente á sus necesidades; pero la gestión del marido hace temer que los productos de la mujer no sean empleados en su destino si continúa la comunidad. ¿Se admitirá á la mujer á pedir la separación? La cuestión fué debatida ante la Corte de Casación por un hábil abogado, Fabre, más tarde Procurador General. Las partes en causa eran una Duquesa de Montmorency pidiendo separación de bienes contra un Talleyrand-Périgord, Duque de Valençay. Ella se fundaba en que su marido había contraído deudas considerables que estimaba en un millón; estas deudas, de-

1 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 233, núm. 91 *bis* IX.

cía, ponían en peligro los productos de su dote de 4000,000 francos porque éste era el único valor con el cual se podían pagar. El abogado reconocía que la separación podía ser pedida cuando los productos de la dote no se emplean en su destino, es decir, cuando la familia está amenazada con la miseria ó, cuando menos, cuando puede menguar la situación á la que le da derecho el estado del marido. Pero mientras que el marido satisface á sus obligaciones de padre y de marido, la mujer no tiene derecho para quejarse. Y en el caso no se le reprochaba al marido el no haber subvenido convenientemente á las necesidades de la familia, sólo se pretendía que tendría que emplear una parte de las rentas de su mujer para saldar su pasivo. ¿Qué importa si el resto y su personal fortuna le permitían mantener su casa en el pie que debía tener? La Corte de Casación pronunció, no obstante, una sentencia de denegada. Sienta en principio que los productos de los bienes dotales, debiendo servir á soportar los cargos del matrimonio, hacen parte de la dote. Puede, pues, haber peligro para ésta si por el hecho del marido las rentas no reciben el destino que les da la ley. Y la Corte de París había comprobado de hecho que el marido era deudor de sumas importantes, lo que probaba el desorden de sus negocios; la Corte concluía que dicho desorden era de naturaleza á hacer temer que las rentas de la mujer fuesen desviadas en gran parte de su destino, para el pago de las deudas del marido. (1) El hecho así comprobado decidía la cuestión. En vano decía el recurso que se daba ampliamente lo necesario á la familia: no es por razón de la miseria ó del menoscabo actual y ya existente por lo que la ley autoriza la disolución de la comunidad, es por causa del *peligro* que tiene la dote; y el peligro se refiere necesariamente á lo futuro, y al juez del hecho toca decidir si estos temores están fundados.

1 Denegada, 17 de Marzo de 1847 (Dalloz, 1847, 1, 140).

La jurisprudencia está en este sentido. En un caso sentenciado por la Corte de Caen constaba que el capital de la dote no se encontraba en peligro, pero los productos de la dote estaban absorbidos por las deudas del marido y, por consiguiente, desviados de su destino legítimo. Esto bastaba para justificar la demanda de separación, aunque fuese establecido que las deudas del marido no eran imputables á su mala conducta. No había, pues, desorden; no había insuficiencia de los bienes del marido; no obstante, la separación fué pronunciada. Esto es la aplicación de nuestra doctrina. (1)

222. Hemos supuesto que el marido está en posesión de la dote y que no emplea los productos en su destino convencional. Puede suceder que la dote no haya sido pagada aún. ¿Podrá, no obstante, la mujer pedir la separación? A primera vista se está dispuesto á contestar que no corre peligro la dote mientras nó la percibe el marido; pero esto sería olvidar que la ley se dirige á lo futuro, en el sentido de que en su justa previsión cuida de que la dote esté empleada en su destino; desde que hay lugar á temer que esto no sucederá, la mujer debe tener el derecho de conjurar el peligro que la amenaza cuando se pague su dote. La Corte de Burdeos lo sentenció así, sentando en principio que no es necesario que la dote haya sido entregada al marido; basta que pueda recibirla en cualquier momento y que dé lugar á temer que la dote no estará en seguridad en sus manos. (2)

Hay una sentencia, en el mismo sentido, de la Corte de Casación. Pero la Corte confunde las devoluciones con el peligro de la dote. Los padres habían constituido á su hija una dote de 180,000 francos. Esta dote, siendo puramente mueble, no daba lugar á ninguna devolución. La mujer no

1 Caen, 11 de Diciembre de 1848 (Dalloz, 1850, 2, 16).
2 Burdeos, 1.° de Mayo de 1848 (Dalloz, 1848, 2, 192).

podía, pues, pedir la separación sino fundándose en el peligro de la dote, es decir, en que había lugar á temer que la dote no fuese empleada en su destino. La Corte dice que no es necesario que la dote esté perdida en todo ó en parte, que basta que se encuentre en peligro; esto es verdad, pero la sentencia agrega que se encuetra en peligro cuando los desórdenes de los negocios del marido son tales que sus bienes no bastan para garantizar las devoluciones de la mujer. Aquí la Corte confunde dos casos absolutamente distintos: la mujer no tenía derecho á devoluciones, nunca podía tenerlas por su dote mueble, á no ser que la hubiese realizado, lo que la sentencia no dice. Desde luego la Corte hizo mal en hablar de devoluciones y de insuficiencia de los bienes. Bastaba comprobar, como lo hizo la Corte de Apelación, que había lugar á temer que la dote, si se pagaba al marido, sirviera para pagar sus deudas. (1)

II. ¿Cuándo las devoluciones están en peligro?

223. Según el art. 1,443, «la mujer puede pedir la separación de bienes cuando *el desorden de los negocios* del marido da lugar á temer que *los bienes de éste no sean suficientes* para llenar los *derechos* y *devoluciones* de la mujer.» La mujer debe, pues, probar que tiene devoluciones que ejercer; acerca de este punto transladamos á lo que fué dicho más atrás. Si la dote es puramente mobiliar, la mujer no tiene devoluciones que ejercer; por consiguiente, no puede pedir la separación por razón del desorden en los negocios de su marido y de la insuficiencia de sus bienes para el pago de las devoluciones. Si la mujer tiene propios, tiene devoluciones, cuando menos eventuales, y estas devoluciones le dan una acción en los bienes del marido (art. 1,472); el desorden de los negocios del marido puede comprometer este recurso. La mujer debe, pues, probar que los negocios del

1 Denegada, 11 de Agosto de 1870 (Dalloz, 1870, 1, 288).

La jurisprudencia está en este sentido. En un caso sentenciado por la Corte de Caen constaba que el capital de la dote no se encontraba en peligro, pero los productos de la dote estaban absorbidos por las deudas del marido y, por consiguiente, desviados de su destino legítimo. Esto bastaba para justificar la demanda de separación, aunque fuese establecido que las deudas del marido no eran imputables á su mala conducta. No había, pues, desorden; no había insuficiencia de los bienes del marido; no obstante, la separación fué pronunciada. Esto es la aplicación de nuestra doctrina. (1)

222. Hemos supuesto que el marido está en posesión de la dote y que no emplea los productos en su destino convencional. Puede suceder que la dote no haya sido pagada aún. ¿Podrá, no obstante, la mujer pedir la separación? A primera vista se está dispuesto á contestar que no corre peligro la dote mientras nó la percibe el marido; pero esto sería olvidar que la ley se dirige á lo futuro, en el sentido de que en su justa previsión cuida de que la dote esté empleada en su destino; desde que hay lugar á temer que esto no sucederá, la mujer debe tener el derecho de conjurar el peligro que la amenaza cuando se pague su dote. La Corte de Burdeos lo sentenció así, sentando en principio que no es necesario que la dote haya sido entregada al marido; basta que pueda recibirla en cualquier momento y que dé lugar á temer que la dote no estará en seguridad en sus manos. (2)

Hay una sentencia, en el mismo sentido, de la Corte de Casación. Pero la Corte confunde las devoluciones con el peligro de la dote. Los padres habían constituido á su hija una dote de 180,000 francos. Esta dote, siendo puramente mueble, no daba lugar á ninguna devolución. La mujer no

1 Caen, 11 de Diciembre de 1848 (Dalloz, 1850, 2, 16).
2 Burdeos, 1.° de Mayo de 1848 (Dalloz, 1848, 2, 192).

podía, pues, pedir la separación sino fundándose en el peligro de la dote, es decir, en que había lugar á temer que la dote no fuese empleada en su destino. La Corte dice que no es necesario que la dote esté perdida en todo ó en parte, que basta que se encuentre en peligro; esto es verdad, pero la sentencia agrega que se encuetra en peligro cuando los desórdenes de los negocios del marido son tales que sus bienes no bastan para garantizar las devoluciones de la mujer. Aquí la Corte confunde dos casos absolutamente distintos: la mujer no tenía derecho á devoluciones, nunca podía tenerlas por su dote mueble, á no ser que la hubiese realizado, lo que la sentencia no dice. Desde luego la Corte hizo mal en hablar de devoluciones y de insuficiencia de los bienes. Bastaba comprobar, como lo hizo la Corte de Apelación, que había lugar á temer que la dote, si se pagaba al marido, sirviera para pagar sus deudas. (1)

II. ¿Cuándo las devoluciones están en peligro?

223. Según el art. 1,443, «la mujer puede pedir la separación de bienes cuando *el desorden de los negocios* del marido da lugar á temer que *los bienes de éste no sean suficientes* para llenar los *derechos* y *devoluciones* de la mujer.» La mujer debe, pues, probar que tiene devoluciones que ejercer; acerca de este punto transladamos á lo que fué dicho más atrás. Si la dote es puramente mobiliar, la mujer no tiene devoluciones que ejercer; por consiguiente, no puede pedir la separación por razón del desorden en los negocios de su marido y de la insuficiencia de sus bienes para el pago de las devoluciones. Si la mujer tiene propios, tiene devoluciones, cuando menos eventuales, y estas devoluciones le dan una acción en los bienes del marido (art. 1,472); el desorden de los negocios del marido puede comprometer este recurso. La mujer debe, pues, probar que los negocios del

1 Denegada, 11 de Agosto de 1870 (Dalloz, 1870, 1, 288).

marido están mal, puesto que este desorden da lugar á temer la insuficiencia de sus bienes para llenar las devoluciones.

224. ¿Qué se entiende por desorden? Se pregunta si se trata de un desorden moral, de mala conducta. La misma ley contesta la cuestión: dice que el desorden *en sus negocios*. Sin duda este desorden puede provenir de la mala conducta, el desorden moral tiene ordinariamente como consecuencia el desorden material. Pero la ley no quiere que se investiguen las causas del desorden que existe en los negocios del marido. Se conforma con el hecho. Este hecho puede tener muchas causas independientes de la conducta del marido; una revolución, una crisis industrial ó comercial, pueden traer el desorden de los negocios aunque ninguna culpa tenga el marido. Es inútil insistir, puesto que el texto es terminante, y este es el parecer de todos los autores. (1)

El desorden en los negocios ¿implica, cuando menos, la prueba de una mala gestión? En realidad, tal será el caso ordinario. No todos los días hay revoluciones ó crisis; por otra parte, estos acontecimientos extraordinarios sólo alcanzan á los comerciantes y á los industriales. Si, pues, los negocios del marido están mal, la primera causa será frecuentemente la mala gestión. ¿Quiere esto decir que la mujer deba probar que el marido administra mal? Repetimos que la ley no exige que la mujer establezca la causa que ha producido el desorden en los negocios del marido; éste puede tener muchas causas, y las hay, que la mujer puede ignorar, otras hay que tiene interés en esconder para no avergonzar al marido y hacer la vida común imposible. Sería, pues, estorbar el derecho de la mujer exigirle pruebas tan delicadas y tan difíciles. Por lo demás, ¿de qué servirían?

1 Troplong, núm. 1.329, dice: «Si se pesan los términos del art. 1,443 se verá que la insuficiencia de los recursos del marido debe provenir de su mala conducta.» Y en el núm. 1,333 Troplong establece muy bien lo contrario.

El hecho del desorden basta para que los derechos de la mujer se encuentren comprometidos; se entiende si el desorden hace que los bienes del marido sean insuficientes para llenar las devoluciones de la mujer.

La tradición está en este sentido. «No es necesario, dice Pothier, que el mal estado de los negocios del marido haya sucedido por su culpa ó por su mala conducta. Aunque el desarreglo en los negocios provenga por culpa suya, por pérdidas considerables sobrevenidas en su comercio y que no pudo preveer, basta para obtener la separación que los bienes del marido no sean suficientes para devolver la dote de la mujer.» Estas últimas expresiones no son exactas. Bajo el régimen de la comunidad legal, los bienes del marido no responden por la dote, puesto que la mujer no tiene ninguna acción por este punto en los bienes del marido; por *dote* debe aquí entenderse *derechos* y *devoluciones* de la mujer para las que la ley le da acción contra el marido. Hay otra reserva que hacer acerca de lo que dice Pothier: la insuficiencia de los bienes no basta para autorizar la separación; volveremos á este punto. La doctrina de los autores modernos está conforme con la tradición. (1)

Queda por saber cuándo puede decirse que hay desorden en los negocios del marido. Esta es una cuestión de hecho de la que la doctrina hace mal en ocuparse porque no puede preveer las mil circunstancias que se encuentran en los diversos casos. Así se pregunta si hay desorden cuando el marido ha sufrido pérdidas en su comercio ó en su industria. Se puede responder que sí y que nó (2) afirmativamente si las pérdidas han descompuesto sus negocios provocando promoción y embargos é impidiéndole pagar sus deu-

1 Pothier, *De la comunidad*, núm. 510. Aubry y Rau, t. V, pág. 392, nota 13, pfo. 516, y Rodière y Pont, t. III, pág. 517, núm. 2,094, citan las autoridades.
2 Rodière y Pont, t. III, pág. 598, núm. 2,095; Colmet de Santerre, t. VI, pág. 232, núm. 91 *bis* VIII. Véanse casos en las sentencias relatadas por Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núms. 1640, 1643-1645.

das. Nó, si las pérdidas no han alterado su crédito. Abandonemos estas dificultades á los jueces que podrán ilustrarse en la demanda y en la defensa y que decidirán de hecho lo que no pudiera hacer en teoría el jurisconsulto más sutil.

225. El desorden solo no basta: es necesario, según el artículo 1,443, que dé lugar á temores de que los bienes del marido no basten para llenar las devoluciones de la mujer. La insuficiencia de los bienes del marido, según el texto de la ley, debe ser la consecuencia del desorden de sus negocios. Si los bienes eran ya insuficientes cuando la celebración del matrimonio y que además ningún desorden haya sobrevenido desde entonces, la mujer no podrá pedir la separación de bienes. Para que haya lugar á pedir la disolución de la comunidad es necesario que sobrevenga un cambio en la situación de las partes contratantes. Así los bienes del marido suficientes para responder por las devoluciones de la mujer cuando el matrimonio, se hacen insuficientes á consecuencia del desorden de sus negocios; él mismo rompe, en este caso, el contrato disminuyendo ó destruyendo las garantías con las que contaba la mujer. Pero si el marido estaba ya insolvente cuando el matrimonio, en este sentido, que sus bienes eran insuficientes para llenar los derechos y devoluciones de la mujer, ésta no puede quejarse de que el contrato esté roto en su perjuicio; el contrato permanece lo que era, nada ha cambiado en la situación de las partes, luego no hay lugar á pedir la disolución de la comunidad. (1)

226. El art. 1,443, al hablar de las devoluciones, se expresa en términos análogos á los que emplea al hablar de la dote. Esta debe de estar en *peligro* y el desorden de los negocios del marido debe dar lugar á *temer* que sus bienes no sean *suficientes*, ó, para decir mejor, que se vuelven insuficientes á consecuencia de dicho desorden. No es, pues, necesario que los bienes sean insuficientes; la ley, en su solicitud, piensa en el porvenir de la mujer, á la que quiere asegurar desde que los negocios del marido están en mal estado. La separación es una garantía, y ésta sería divisoria si para promoverla la mujer tuviera que esperar á que se realizara el mal. Es en este sentido como debe entenderse lo que dice Pothier: «No es necesario para que la mujer pueda pedir la separación, que el marido se haya hecho enteramente insolvente; la separación sería entonces para ella un remedio inútil. Basta que comience á serlo y que la mala marcha de sus negocios *dé lugar á temer* que llegará á serlo completamente.» El Código está más explícito. La *mala marcha* que toman los negocios del marido debe constituir un *desorden* y la insuficiencia de los bienes debe ser la consecuencia de este desorden. De manera que accidentales y reparables pérdidas no permitirían á la mujer promover la separación. La palabra *desorden* implica un mal que irá creciendo y acabará por la ruina del marido. Pero también desde que el desorden existe y que inspira temor para el porvenir, la mujer puede pedir la separación de bienes.

La doctrina (1) y la jurisprudencia están en este sentido. Se lee en una sentencia de la Corte de Rouen: «Para obtener la separación de bienes, la mujer no está obligada á probar precisamente la quiebra de su marido y de establecer por una especie de liquidación previa de su haber, que éste se encuentra en la imposibilidad de satisfacer á todos sus compromisos.» El primer juez así lo había decidido; al reformar su decisión, la Corte dice que en esta doctrina el remedio de la separación ya no lo sería para la mujer, puesto que la separación no podía obtenerse sino cuando ésta no tendría ya manera de salvar sus devoluciones. Según la ley,

1 Aubry y Rau, t. V, pág. 392 y nota 12, pfo. 516. Rodière y Pont, t. III, pág. 599, núm 2,098; Troplong, t. I, pág. 386, núm. 1,329. Turín, 23 de Marzo de 1811 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 1,651.

1 Toullier, t. VII, 1, pág. 34, núm. 29. Rodière y Pont, t. III, pág. 599, núm. 2,097. Colmet de Santerre, t. VI, pág. 234, núm. 91 *bis* X.

dice la sentencia, la mujer sólo tiene que probar una cosa, es que el mal estado de los negocios de su marido es tal que sus devoluciones están en peligro. (1)

227. De esto se sigue que la mujer no puede promover si la insuficiencia de los bienes del marido no es de temer, aunque hubiera algún desorden en sus negocios. Así, la circunstancia de que el marido tiene deudas no autoriza á la mujer para pedir la separación de bienes. Esto es seguro cuando las deudas existían ya cuando el matrimonio: la mujer no tiene derecho de quejarse en este caso, puesto que ningún cambio ha sobrevenido en la situación de su marido; á la mujer tocaba estipular la separación de deudas, si quería ponerse al abrigo de las deudas de su futuro esposo; si no lo hizo, debe sufrir las consecuencias.

La separación de bienes es un remedio contra los peligros que se producen durante la comunidad; si las cosas quedan en el estado en que estaban cuando la celebración del matrimonio, no hay ningún motivo para derogar la inmutabilidad de las convenciones matrimoniales. (2) Lo mismo sucedería si las deudas hubieran sido contraídas posteriormente al matrimonio; las deudas por sí solas no son una prueba del desorden y no inspiran ningún temor para el porvenir, debe verse con qué objeto fueron contraídas. Puede suceder que en lugar de ser un signo de ruina extiendan el crédito del marido favoreciendo sus empresas. Pero si las deudas nutrían especulaciones ruinosas, ó que fuesen la consecuencia de gastos locos, habría desorden y temor de insolvencia.

228. Los temores de insolvencia no bastan para justificar la separación de bienes; la ley exige que la insuficiencia de los bienes del marido comprometa las devoluciones de la mujer. Si la mujer tiene garantías para el ejercicio de sus derechos contra el marido, no puede promover la separación, cualquiera que sea el desorden en sus negocios, pues no se puede decir que sus devoluciones peligran. La mujer tiene una hipoteca legal para sus derechos y devoluciones; si dicha hipoteca le da entera seguridad, no será admitida á pedir la separación de bienes, puesto que el pago de sus devoluciones está asegurado. (1)

1 Rouen, 30 de Agosto de 1856 (Dalloz, 1857, 2, 99).
2 Denegada, Cámara Civil, 15 de Julio de 1867 (Dalloz, 1867, 1, 321).

Hay, sin embargo, que hacer una reserva á esta decisión. Nos referimos á la segunda causa por la cual la separación puede ser pedida, el peligro de las devoluciones; es seguro que si no hay peligro la separación no puede ser promovida por este capítulo. Pero pudiera serlo por el punto de la dote si ésta se encuentra peligro, y la dote puede estar en peligro en el sentido legal de la palabra, á pesar de la hipoteca legal. Supongamos que el marido tenga más deudas que bienes, esto no compromete las devoluciones de la mujer si su hipoteca legal prima la de los demás acreedores. Pero esta situación pone la dote en peligro, pues los acreedores pueden embargar el total de los muebles y los productos de los propios, ó el marido puede emplear las rentas en pagar los intereses de las deudas, lo que lo pondrá en la imposibilidad de proveer á las necesidades de la familia. En este sentido la dote de la mujer estará en peligro y, por consiguiente, podrá ésta promover la separación. Esto prueba que deben distinguirse las dos causas por las cuales la ley permite pedir la separación de bienes. Los autores mismos que enseñan que ambas causas se confunden, lo hacen notar. Colmet de Santerre dice muy bien: «Si la causa de la separación es la disipación de los productos de los propios de la mujer ó de los productos de su trabajo, la hipoteca legal no es obstáculo para la separación, pues el marido no es deudor por este punto y, por consiguiente, la hipoteca es insuficien-

1 Toullier, t. VII, 1, pág. 34, núm. 29. Troplong, t. I, pág. 386, número 1324.

te.» La dote mueble no se restituye, ni los productos del trabajo; no puede, pues, haber lugar á separación por insuficiencia de los bienes del marido, lo que no impide que estos recursos estén desviados de su destino cuando el marido tiene deudas que absorben sus rentas. La hipoteca legal impide, en este caso, que la mujer pida la separación por peligro de sus devoluciones, pero no la impide para pedirla por el peligro de la dote. (1)

Hay todavía una observación que hacer en lo que concierne á la hipoteca legal. Según nuestro sistema hipotecario, la hipoteca legal de la mujer está sometida á las reglas de la especialidad y de la publicidad; la mujer no tiene, pues, hipoteca legal para sus devoluciones sino desde el día en el que la habrá registrado; y no puede registrar un crédito que no existe; no tiene, pues, hipoteca para sus devoluciones futuras, sólo la tiene para las devoluciones existentes cuando la inscripción. Síguese de esto que la mujer podrá ser preferida por los acreedores anteriores. La hipoteca legal no impedirá, pues, siempre que la mujer pida la separación; puede promoverla desde que hay lugar á temer que sus *futuras* devoluciones estén comprometidas; y no tiene hipoteca para las devoluciones futuras hasta que la devolución nazca y que el registro se efectúe. Y en este momento la mujer estará preferida por los acreedores anteriores. Debemos agregar que esto está muy controvertido y dudoso.

229. ¿Qué debe decidirse si las devoluciones de la mujer están garantizadas por una hipoteca convencional? Desde que hay hipoteca completa para el pago de las devoluciones ya no se puede decir que haya lugar á temer que los bienes del marido sean insuficientes para satisfacer á la mujer. Hay, pues, que aplicar á la hipoteca convencional lo que acabamos de decir de la hipoteca legal. (2)

1 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 235, núm. 91 *bis* XII.
2 Compárese Troplong, t. 1, pág. 387, núm. 1,328, quien tiene razón en el fondo, pero que embrolla todas las cosas.

Hay una sentencia de la Corte de Casación que parece contraria. La Corte de Apelación comprueba de hecho que la dote de 60,000 francos había sido malgastada y que el marido no estaba en estado de cumplir los derechos y devoluciones de la mujer; desechó, no obstante, la demanda de separación, fundándose en una garantía hipotecaria ministrada por el padre del demandado. No se ve por la sentencia bajo qué régimen estaban casados los esposos. Bajo el régimen de la comunidad no puede tratarse de la restitución de una dote mueble; luego por este capítulo no había lugar á la separación de bienes. Sólo podrá haber peligro de la dote en el sentido de que habiéndola gastado el marido no podía emplearla en su destino. La sentencia de casación nada dice acerca de este punto, de modo que, en definitiva, no se sabe lo que quiso decir la Suprema Corte. Dice que la ley hace depender el derecho de pedir la separación de bienes, no de las probabilidades más ó menos seguras de la *restitución* de la dote en el fin del matrimonio, como del hecho de la *mala administración* del marido, á consecuencia de la cual la dote se encuentra actualmente comprometida y con más razón cuando la dote ha sido ya malgastada. (1) Sí esto quiere decir que la mujer promovía la separación por *peligro de la dote* en el sentido legal de la palabra; lo cual tiene razón; pero entonces era inútil hablar de la restitución de la dote y de las garantías que la aseguran, pues los frutos de la dote pertenecen al marido y no deben ser restituidos bajo ningún régimen. Sólo que los productos de los bienes de la mujer tienen un destino legal; si el marido los disipa, la mujer puede promover la separación.

Una sentencia de la Corte de Orleáns distingue claramente lo que la Corte de Casación parece confundir. Una cosa es la dote y otra las devoluciones. Estas se ejercen en la disolución del matrimonio ó de la comunidad, tienen por

1 Casación, 27 de Abril de 1847 (Dalloz, 1847, 1, 125).

objeto garantizar á la mujer la propiedad de sus bienes. Si la mujer tiene garantía por una hipoteca legal á otra, no podrá promover la separación fundándola en la insuficiencia de los bienes del marido. La dote, por el contrario, bajo el régimen de la comunidad, no se restituye; tiene un destino legal, el de subvenir á los gastos del matrimonio, á la manutención y educación de los hijos. Si la dote está desviada de este destino, se encuentra en peligro, según el lenguaje del Código y, por consiguiente, la mujer puede pedir la separación de bienes. (1)

230. Hay hechos que alteran más ó menos las relaciones pecuniarias de los esposos y aun atacan las convenciones matrimoniales. ¿Resulta de esto que la comunidad se disuelva de pleno derecho, ó que cuando menos pueda disolverse á pedimento de la mujer?

La quiebra del marido autoriza á la mujer para pedir la separación de bienes. Esto se comprende, la dote está en peligro, mejor dicho, ya pereció, puesto que los acreedores recogen el activo de la comunidad. ¿No es esto una razón para declarar disuelta la asociación conyugal? Nó, pues el principio es que las convenciones matrimoniales sólo se rompen por causas determinadas por la ley; y el Código no cuenta á la quiebra entre estas causas de disolución (artículo 1,441). Esto es decisivo, pues no puede haber disolución de derecho pleno sino en virtud de la ley. Sin embargo, un autor estimado escribe que la quiebra opera la disolución de la comunidad de pleno derecho. Se dice: ¿cómo conservará el marido la administración de los bienes de la mujer cuando ya tiene perdida la administración de los suyos, y con qué título pudiera gozar de los frutos afectos á cargos que ya no puede soportar? (2) Es verdad que la situación

1 Orleáns, 7 de Agosto de 1845 (Dalloz, 1846, 2, 114). Compárese Montpellier, 20 de Enero de 1852 (Dalloz, 1852, 2, 170).
2 Rodière y Pont, t. III, pág. 605, núm. 2106.

del marido está gravemente alterada y en teoría se pudiera concluir que la comunidad está rota (art. 1,865, 4.°). Así pasa con la sociedad ordinaria; pero la comunidad está sujeta á reglas especiales; no es el art. 1,865 el que decide la cuestión, es el art. 1,441; y el silencio de la ley, en lo que toca á la quiebra, no permite sostener que la comunidad está disuelta de pleno derecho. Aun hay más: el art. 1,446 implica que la comunidad subsiste en caso de quiebra del marido; si estuviera disuelta, la ley no necesitaría ocurrir á una ficción para considerarla como disuelta para con los acreedores; la ficción prueba que la comunidad subsiste entre los esposos apesar de la quiebra. La opinión de Rodière y Pont ha quedado aislada, pues no podemos tomar á lo serio lo que dice Troplong de que la separación tiene lugar *de alguna manera* de derecho pleno cuando el marido se presenta en quiebra. (1) ¿Qué es esto, una disolución *de alguna manera?* Esto es no decir nada. La jurisprudencia admite á la mujer á pedir la separación en caso de quiebra, pero nunca se pretendió siquiera ante los tribunales que la comunidad estuviera disuelta de pleno derecho (2)

231. El estado de demencia del marido ¿autoriza á la mujer á pedir la separación de bienes? Mientras la demencia del marido no está legalmente comprobada por su entredicho no puede tratarse de una disolución de derecho pleno. Aun es dudoso que la mujer pueda, por este punto, pedir la separación. La afirmativa ha sido resuelta por el Tribunal del Sena. El Tribunal dice que el estado de demencia constituye un incesante peligro para la mujer, ya sea en lo que se refiere á su dote, ya en lo que se refiere á sus devoluciones. En efecto, el marido incapaz para administrar debe, necesariamente, comprometer los intereses de la comunidad

1 Troplong, t. I, pág. 405, núm. 1395.
2 Lieja, 25 de Noviembre de 1824 (*Pasicrisia*, 1824, pág. 229; 3 de Julio de 1830 (*ibid.*, 1830, pág. 170). Gante, 31 de Diciembre de 1859 (*ibid.*, 1860, 2, 86).

y los de la mujer. Es por esta consideración por lo que la ley quiere que esté entredicho; el entredicho tiene únicamente por objeto resguardar los intereses de la familia y de la persona demente; esto es decir que si no hay entredicho no hay peligro para la mujer. (1) Un tribunal se ha pronunciado por la opinión contraria. (2) En teoría, preferiríamos la decisión del Tribunal del Sena. No es á un marido demente á quien el contrato ha confiado la administración de la comunidad y de los bienes personales de la mujer; dejar un poder absoluto en manos de un hombre que no goza de su razón, es favorecer los abusos. Por otra parte, este hecho, que sobreviene durante la comunidad, cambia radicalmente la situación de las partes contratantes; la demencia del marido rompe la sociedad, de hecho; luego la ley debiera permitir romperla de derecho. Pero no se trata de lo que debiera haber hecho el legislador, se trata de saber lo que ha hecho. Ha declarado la comunidad irrevocable, y sólo permitió la disolución mediante sentencia de juez pronunciada por las causas que prevee en el art. 1,443. Se dirá en vano que la ley no es restrictiva. Lo admitimos; de hecho, la mujer podrá pedir la separación probando que la demencia del marido tiene por efecto poner en peligro su dote ó sus devoluciones. Pero á ella toca dar esta prueba. Decir que hay peligro por sólo estar demente el marido es dispensar de la prueba por una presunción: ¿Puede el intérprete crear presunciones é invertir el orden de las pruebas que la ley establece?

232. ¿Qué debe decidirse si el marido está entredicho? La cuestión es la misma. En teoría habría un motivo más para romper la sociedad de bienes que existe entre los esposos. La mujer se asoció con su futuro esposo, y hé aquí que se le nombra un tutor á su marido; por consiguiente, la mujer se encuentra asociada al tutor. El contrato roto de hecho debiera estarlo también de derecho. Pero el Código no consagra esta teoría: el art. 1,441 no cuenta al entredicho entre las causas que disuelven la comunidad, y el art. 1,443 no permite disolverla sino cuando los derechos de la mujer están en peligro. A ella toca ministrar las pruebas. Decir que existe la prueba por el solo hecho del interdicho es crear una presunción que la ley ignora. La doctrina (1) así como la jurisprudencia están divididas. (2) Esto se explica; hay conflicto entre el espíritu de la ley y el texto; pero, en el caso, el texto, digo, el silencio de la ley, debe triunfar. Lo que se llama espíritu de la ley sólo son consideraciones que se dirigen al legislador.

1 Sentencia del Tribunal del Sena, 18 de Marzo de 1868 (Dalloz, 1868, 3, 23) y 25 de Agosto de 1868 (Dalloz, 1870, 3, 79).
2 Lyón, 15 de Enero de 1868 (Dalloz, 1868, 31).

No hablaremos del entredicho legal, no existe ya en Bélgica (t. I, núm. 404). En derecho francés la cuestión está controvertida. En nuestro concepto, debe aplicarse al entredicho legal lo que acabamos de decir del entredicho judicial. (3)

233. Creemos que debe decirse otro tanto del estado de rebeldía. Hay excelentes razones para permitir á la mujer pedir la separación de bienes por este punto. La sentencia tiene por efecto secuestrar los bienes del contumaz y de confiar su administración á la recaudación rural. Hé aquí, seguramente, una ruptura del contrato de matrimonio; se debiera, pues, permitir á la mujer pedir la disolución de la comunidad. (4) Pero el Código no ha contado la contumacia entre las causas de disolución, y la separación judicial sólo pue-

1 Aubry y Rau, t. V, pág. 396, nota 16, pfo. 516 y las autoridades que citan. En sentido contrario, de Folleville, en la *Revista crítica*, 1870, t. XXXVI, página 481.
2 Lyón, 11 de Noviembre de 1869 (Dalloz, 1870, 2, 69). París, 18 de Marzo de 1870 (Dalloz, 1870, 2, 102). Compárese Lyón, 20 de Junio de 1845 (Dalloz, 1846, 2, 152). En sentido contrario, sentencia del Tribunal del Sena, 18 de Marzo de 1868 (Dalloz, 1868, 3, 23).
3 Aubry y Rau, t. V, pág. 393, nota 17, pfo. 516 y los autores que citan en diversos sentidos.
4 Esta es la opinión de Rodière y Pont, t. III, pág. 603, núm. 2104, seguido, aunque con hesitación, por Aubry y Rau, t. V, pág. 393, nota 18, pfo. 516.

de ser pronunciada sobre prueba ministrada por la mujer de que su dote ó sus devoluciones están en peligro; y ya no hay peligro cuando una administración pública es la que administra los bienes. Lo seguro es que la mujer no entendió asociarse con la recaudación de rentas. Hay un vacío en la ley: lo señalamos al legislador.

Núm. 4. De la denegación.

234. Los maridos han tratado de rechazar las demandas por una denegación. Ninguna ha sido admitida ni podía serlo, bien que la equidad parece argüir en favor de los maridos. La ley da á la mujer el derecho de pedir la separación; este derecho es de la misma esencia de la comunidad legal, régimen bajo el cual el marido tiene todo el poder y la mujer no tiene ninguno. Como contrapeso de este absolutismo, la ley permite á la mujer romper la asociación conyugal cuando los hechos comprueban que la comunidad no corresponde al objeto por el que fué contraída. Si se permitiera al marido rechazar la demanda en separación por una denegada, se impediría á la mujer ejercer su derecho. El legislador solo, que le da tal derecho, pudiera determinar los casos en los que la mujer no se admitiría á ejercerlo; y la ley no establece ninguna denegada, luego no la hay.

235. El marido pretende que la mujer no debe admitirse á la demanda de separación de bienes, porque las operaciones que han convertido su fortuna y la de la mujer en créditos litigiosos é incobrables han sido hechos por consejos y exitaciones de ésta, quien procuraba favorecer á su familia á expensas del marido. Esta tesis, sostenida ante la Corte de Gante por un marido litigando él mismo, no encontró favor. La Corte le contestó que, en el sistema del Código, el marido sólo es jefe de la comunidad que la administra solo y dispone de ella sin el consentimiento de su mujer; que también es único administrador de los bienes de la mujer;

señor y dueño, como decían nuestras costumbres, debe sufrir las consecuencias de su autoridad absoluta; si administra solo, también es solo responsable de su gestión. Que si oye y sigue los consejos de su mujer, si la admite á concurrir en la gestión, lo hace á sus riesgos y perjuicios. Legalmente la mujer está fuera de causa, ninguna responsabilidad pesa en ella; por consiguiente, no se la puede declarar no admisible cuando ejerce su derecho y promueve la separación. (1)

236. Sucede frecuentemente que el desorden en los negocios del marido proviene de gastos que exceden á su fortuna, y estos gastos la mujer es quien lo hace, ella es quien los mitiga; cuando después llega á pedir la disolución de la comunidad, tiene poca gracia en imputar al marido los gastos locos que ella misma provocó. No obstante, el marido también tiene la culpa; él es el dueño, su deber está en no permitir gastos excesivos, pues sabe que las consecuencias recaerán en él y que su mujer, después de haberle aruinado, podrá pedir la disolución de una sociedad de que ella causó la ruina. (2) Esto es duro y Troplong no tiene razón en reclamar, en nombre de la equidad, en contra de este rigor. Se dice que el marido no puede encontrar una excepción de denegada en su debilidad y en su incuria. Sea. ¿Pero puede la mujer encontrar un principio de acción en su mala conducta? (3) La respuesta es que el marido tiene el poder y que debe usar de él para refrenar la tendencia á lujo que lo conducirá infaliblemente á la ruina; él, que sólo es amo, es también único responsable.

237. La mujer abandona el domicilio conyugal. ¿Podrá el marido oponerle este hecho como denegación á la deman-

1 Gante, 15 de Enero de 1859 (*Pasicrisia*, 1859, 2, 363).
2 Angérs, 22 de Febrero de 1828 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 1655). Rodière y Pont, t. III, pág. 597, núm. 2094. Aubry y Rau, t. V, pág. 394, nota 28, pfo. 516.
3 Troplong, t. I, pág. 388, núm. 1334.

de ser pronunciada sobre prueba ministrada por la mujer de que su dote ó sus devoluciones están en peligro; y ya no hay peligro cuando una administración pública es la que administra los bienes. Lo seguro es que la mujer no entendió asociarse con la recaudación de rentas. Hay un vacío en la ley: lo señalamos al legislador.

Núm. 4. De la denegación.

234. Los maridos han tratado de rechazar las demandas por una denegación. Ninguna ha sido admitida ni podía serlo, bien que la equidad parece argüir en favor de los maridos. La ley da á la mujer el derecho de pedir la separación; este derecho es de la misma esencia de la comunidad legal, régimen bajo el cual el marido tiene todo el poder y la mujer no tiene ninguno. Como contrapeso de este absolutismo, la ley permite á la mujer romper la asociación conyugal cuando los hechos comprueban que la comunidad no corresponde al objeto por el que fué contraída. Si se permitiera al marido rechazar la demanda en separación por una denegada, se impediría á la mujer ejercer su derecho. El legislador solo, que le da tal derecho, pudiera determinar los casos en los que la mujer no se admitiría á ejercerlo; y la ley no establece ninguna denegada, luego no la hay.

235. El marido pretende que la mujer no debe admitirse á la demanda de separación de bienes, porque las operaciones que han convertido su fortuna y la de la mujer en créditos litigiosos é incobrables han sido hechos por consejos y exitaciones de ésta, quien procuraba favorecer á su familia á expensas del marido. Esta tesis, sostenida ante la Corte de Gante por un marido litigando él mismo, no encontró favor. La Corte le contestó que, en el sistema del Código, el marido sólo es jefe de la comunidad que la administra solo y dispone de ella sin el consentimiento de su mujer; que también es único administrador de los bienes de la mujer;

señor y dueño, como decían nuestras costumbres, debe sufrir las consecuencias de su autoridad absoluta; si administra solo, también es solo responsable de su gestión. Que si oye y sigue los consejos de su mujer, si la admite á concurrir en la gestión, lo hace á sus riesgos y perjuicios. Legalmente la mujer está fuera de causa, ninguna responsabilidad pesa en ella; por consiguiente, no se la puede declarar no admisible cuando ejerce su derecho y promueve la separación. (1)

236. Sucede frecuentemente que el desorden en los negocios del marido proviene de gastos que exceden á su fortuna, y estos gastos la mujer es quien lo hace, ella es quien los mitiga; cuando después llega á pedir la disolución de la comunidad, tiene poca gracia en imputar al marido los gastos locos que ella misma provocó. No obstante, el marido también tiene la culpa; él es el dueño, su deber está en no permitir gastos excesivos, pues sabe que las consecuencias recaerán en él y que su mujer, después de haberle aruinado, podrá pedir la disolución de una sociedad de que ella causó la ruina. (2) Esto es duro y Troplong no tiene razón en reclamar, en nombre de la equidad, en contra de este rigor. Se dice que el marido no puede encontrar una excepción de denegada en su debilidad y en su incuria. Sea. ¿Pero puede la mujer encontrar un principio de acción en su mala conducta? (3) La respuesta es que el marido tiene el poder y que debe usar de él para refrenar la tendencia á lujo que lo conducirá infaliblemente á la ruina; él, que sólo es amo, es también único responsable.

237. La mujer abandona el domicilio conyugal. ¿Podrá el marido oponerle este hecho como denegación á la deman-

1 Gante, 15 de Enero de 1859 (*Pasicrisia*, 1859, 2, 363).
2 Angérs, 22 de Febrero de 1828 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 1655). Rodière y Pont, t. III, pág. 597, núm. 2094. Aubry y Rau, t. V, pág. 394, nota 28, pfo. 516.
3 Troplong, t. I, pág. 388, núm. 1334.

da de separación? Nó, según la opinión unánime de los autores (1) y según la jurisprudencia. (2) Es verdad que la mujer falta á su deber rehusando habitar con su marido; ante la Corte de Bruselas se le ha opuesto esta violación de una obligación legal como un motivo de denegada resultante de la naturaleza de los contratos sinalagmáticos. Aquella de las partes que falta á sus compromisos no puede pedir la resolución de la convención; se le opondría la excepción *non adimpleti contractus*. ¿No puede decirse otro tanto de la mujer que viene á pedir la disolución de la sociedad conyugal cuando ella misma la rompió de hecho? La Corte contesta que el argumento confunde las dos sociedades que existen entre los esposos: el deber de cohabitación concierne la sociedad de personas y nada tiene de común con la sociedad de bienes. Cuando se trata de la sociedad de bienes, no se le puede reprochar á la mujer el haber faltado á una obligación, puesto que no tiene más obligaciones que derechos durante la comunidad. Si abandona el domicilio conyugal falta á sus deberes de mujer casada, lo que puede motivar contra ella una demanda de divorcio ó de separación de cuerpos, pero no viola una obligación de mujer común en en bienes. Todos los derechos pertenecen al marido y sólo él tiene obligaciones. Por esto es que el marido no puede pedir la separación de bienes, pero se puede pedir contra él. (3) Con más razón el marido no puede reprochar á la mujer el haber abandonado el domicilio conyugal cuando la mala conducta del marido ó las faltas que ha cometido han obligado á la mujer á huir del domicilio, en el que no encontraba ya seguridad ni honor. (4) Que si la mujer desertó

1 Aubry y Rau, t. V, pág. 394, nota 19, pfo. 516. Rodière y Pont, t. II, página 609, núm. 214.

2 Véanse las sentencias en el *Repertorio* de Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 1667.

3 Bruselas, 12 de Diciembre de 1822 (*Pasicrisia*, 1822, pág. 301).

4 Véanse las sentencias relatadas en el *Repertorio* de Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 1677.

del domicilio del coñyugal sin que haya culpa que achacar al marido, éste tiene acción contra ella, pero esta acción nada tiene de común con la separación de bienes que la mujer demanda; no se le puede, pues, oponer una excepción de denegada.

238. También se ha opuesto como excepción de denegada, á la mujer, los hurtos que hubiese hecho y que hubiesen traído la ruina de la comunidad. El hecho debe ser bastante frecuente, á juzgar por las numerosas sentencias que han ido desechando esta excepción; en apariencia es la que mejor está fundada, puesto que tiende á probar que la mujer es la primera causa del desorden de la comunidad, del que se queja: ¿puede uno invocar su propio delito para fundar una acción? Se contesta que la mujer no funda su demanda de separación en el delito de hurto, lo funda en el art. 1,443. Al marido toca vigilar que la comunidad no sea malgastada ni despojada. Se ve que la respuesta es siempre la misma; el marido es señor y dueño, debe soportar las consecuencias de su absoluta autoridad. (1)

§ III.—Del procedimiento.

239. El procedimiento es extraño á nuestro trabajo; sin embargo, hay excepciones. Hemos tenido que tratar del procedimiento en materia de divorcio y de separación de cuerpos, á causa de la liga que existe entre el procedimiento y el derecho. Lo mismo pasa con la separación de bienes; vamos á decir los motivos de las reglas especiales que la ley establece en esta materia; las consecuencias que resultan de su inobservancia son graves: es la nulidad. Sería, pues, dar una idea incompleta de la materia el limitarse á los principios del puro derecho civil; no entraremos en discusión de las

1 Bruselas, 5 de Mayo de 1824 (*Pasicrisia*, 1824, pág. 111) y las sentencias relatadas en el *Repertorio* de Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, números 1678-1681. Rodière y Pont, t. III, pág. 609, núm. 2112.

da de separación? Nó, según la opinión unánime de los autores (1) y según la jurisprudencia. (2) Es verdad que la mujer falta á su deber rehusando habitar con su marido; ante la Corte de Bruselas se le ha opuesto esta violación de una obligación legal como un motivo de denegada resultante de la naturaleza de los contratos sinalagmáticos. Aquella de las partes que falta á sus compromisos no puede pedir la resolución de la convención; se le opondría la excepción *non adimpleti contractus*. ¿No puede decirse otro tanto de la mujer que viene á pedir la disolución de la sociedad conyugal cuando ella misma la rompió de hecho? La Corte contesta que el argumento confunde las dos sociedades que existen entre los esposos: el deber de cohabitación concierne la sociedad de personas y nada tiene de común con la sociedad de bienes. Cuando se trata de la sociedad de bienes, no se le puede reprochar á la mujer el haber faltado á una obligación, puesto que no tiene más obligaciones que derechos durante la comunidad. Si abandona el domicilio conyugal falta á sus deberes de mujer casada, lo que puede motivar contra ella una demanda de divorcio ó de separación de cuerpos, pero no viola una obligación de mujer común en en bienes. Todos los derechos pertenecen al marido y sólo él tiene obligaciones. Por esto es que el marido no puede pedir la separación de bienes, pero se puede pedir contra él. (3) Con más razón el marido no puede reprochar á la mujer el haber abandonado el domicilio conyugal cuando la mala conducta del marido ó las faltas que ha cometido han obligado á la mujer á huir del domicilio, en el que no encontraba ya seguridad ni honor. (4) Que si la mujer desertó

1 Aubry y Rau, t. V, pág. 394, nota 19, pfo. 516. Rodière y Pont, t. II, página 609, núm. 214.

2 Véanse las sentencias en el *Repertorio* de Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 1667.

3 Bruselas, 12 de Diciembre de 1822 (*Pasicrisia*, 1822, pág. 301).

4 Véanse las sentencias relatadas en el *Repertorio* de Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 1677.

del domicilio del coñyugal sin que haya culpa que achacar al marido, éste tiene acción contra ella, pero esta acción nada tiene de común con la separación de bienes que la mujer demanda; no se le puede, pues, oponer una excepción de denegada.

238. También se ha opuesto como excepción de denegada, á la mujer, los hurtos que hubiese hecho y que hubiesen traído la ruina de la comunidad. El hecho debe ser bastante frecuente, á juzgar por las numerosas sentencias que han ido desechando esta excepción; en apariencia es la que mejor está fundada, puesto que tiende á probar que la mujer es la primera causa del desorden de la comunidad, del que se queja: ¿puede uno invocar su propio delito para fundar una acción? Se contesta que la mujer no funda su demanda de separación en el delito de hurto, lo funda en el art. 1,443. Al marido toca vigilar que la comunidad no sea malgastada ni despojada. Se ve que la respuesta es siempre la misma; el marido es señor y dueño, debe soportar las consecuencias de su absoluta autoridad. (1)

§ III.—Del procedimiento.

239. El procedimiento es extraño á nuestro trabajo; sin embargo, hay excepciones. Hemos tenido que tratar del procedimiento en materia de divorcio y de separación de cuerpos, á causa de la liga que existe entre el procedimiento y el derecho. Lo mismo pasa con la separación de bienes; vamos á decir los motivos de las reglas especiales que la ley establece en esta materia; las consecuencias que resultan de su inobservancia son graves: es la nulidad. Sería, pues, dar una idea incompleta de la materia el limitarse á los principios del puro derecho civil; no entraremos en discusión de las

1 Bruselas, 5 de Mayo de 1824 (*Pasicrisia*, 1824, pág. 111) y las sentencias relatadas en el *Repertorio* de Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, números 1678-1681. Rodière y Pont, t. III, pág. 609, núm. 2112.

cuestiones de procedimiento, pero debemos cuando menos exponer la doctrina admitida por los autores y consagrada por la jurisprudencia.

240. La mujer en materia civil nunca puede actuar en juicio sin la autorización de su marido (art. 215). Pero cuando se trata de promover la separación de bienes contra el marido, se concibe que la ley no exige la autorización marital; ni siquiera exige la autorización de justicia propiamente dicha, es decir, la del tribunal. Según el art. 865 del Código de Procedimientos, «ninguna demanda de separación de bienes podrá ser formada sin la previa autorización que el presidente del tribunal deberá dar á la solicitud que se le presentará con este objeto El Presidente podrá, sin embargo, hacer las observaciones que le parezcan convenientes antes de dar la autorización.» Así el presidente reemplaza al tribunal, y su autorización reemplaza la del marido, la ley agrega que la autorización puede ser negada. ¿Por qué debe concederse á la mujer que la pide? Porque la mujer ejerce un derecho, y un derecho que es de la esencia de la comunidad; desde luego era necesario permitirle promover y, por consiguiente, era inútil dirigirse al marido ó al tribunal. Si el presidente interviene, es en primer lugar para cubrir la incapacidad de la mujer, y después está llamado á hacer observaciones, dice el art. 865. Una demanda de separación que no estuviera fundada provocaría la desunión en la familia. El presidente debe, pues, inquirir los motivos por los cuales la mujer pide la separación, y darle con este motivo los consejos que la prudencia ordena. (1)

Se ha pretendido que además de la autorización del presidente, que el art. 865 exige como medida *previa*, la mujer debe obtener la autorización *definitiva* de su marido. La jurisprudencia ha rechazado esta interpretación tan contraria al texto como al espíritu de la ley. Si la autorización del marido fuere requerida, la ley no hubiera hecho intervenir al presidente para autorizar á la mujer; y si la ley quiere en principio que la mujer esté autorizada, es que el marido puede rehusar la autorización; cuando está obligada á darla es inútil pedirla. Sólo se trata de una formalidad, y es más conveniente que el presidente la llene más bien que el marido. (1)

1 Rodière y Pont, t. III, pág. 616, núms. 2122 y 2123. Lyón, 22 de Marzo de 1836 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 1719).

La autorización requerida para cubrir la incapacidad de la mujer es generalmente especial; sólo habilita á la mujer para el acto por el que se la concede. No pasa lo mismo con la autorización que da el presidente para promover la separación. La Corte de Casación ha sentenciado que esta autorización habilita á la mujer para promover en todos los grados de jurisdicción; aun hay más: la Corte de Bruselas decidió que la mujer podía, en virtud de la autorización del presidente, promover la instancia de liquidación de sus derechos, siendo esta instancia una consecuencia necesaria de la demanda de separación. (2) La razón jurídica es que la autorización sólo es de forma, no puede ser negada; por consiguiente, es inútil renovarla.

241. No sólo es la introducción de la demanda de separación la que está sometida á reglas especiales. Todo el procedimiento está gobernado por reglas particulares. La razón es que la experiencia de todos los tiempos prueba que las separaciones de bienes tienen á menudo por objeto defraudar á los acreedores quitándoles la prenda que tienen en la dote de la mujer. La ley debía vigilar que la separación fuera seria y dar á los acreedores el medio de combatirla si tuviera por objeto el defraudarlos. Los testimonios abundan desgraciadamente cuando se trata de fraude; y, co-

1 Denegada, Sala Civil, 15 de Julio de 1867 (Dalloz, 1867, 1, 321). Gante, 26 de Diciembre de 1834 (*Pasicrisia*, 1834, 2, 286).
2 Sentencia citada (nota 2) y Bruselas, 27 de Marzo de 1858 (*Pasicrisia*, 1859, 2, 242).

sa notable, estas quejas son sobre todo frecuentes en lo que se llama el *buen antaño*. «Se sabe, dice Poullain du Parc, que *casi todas las separaciones de bienes son colusorias*, entre el marido y la mujer, en contra de los acreedores.» «Las separaciones, dice Bourjón, siendo *casi siempre* espantajos de que se sirven los deudores injustos para apartar á sus acreedores y poner sus muebles á cubierto de las promociones de éstos últimos, son consideradas como poco favorables.» (1) Berlier hace notar el abuso en la reposición de los motivos; al hablar de la separación de bienes dice: «Esta palabra no podía pronunciar sin recordar los fraudes que se practican demasiado frecuentemente á propósito de separaciones; pero no era posible desechar todas las separaciones de bienes porque las ha habido fraudulentas: ¿de cuál institución no se abusó?» Es seguro que el abuso se ha hecho más raro, precisamente porque la ley ha multiplicado las garantías en favor de los acreedores. Estos reclaman á menudo porque sus intereses se encuentran lesionados por cualquiera separación aunque hecha de buena fe; pero es raro que la justicia los oiga. ¿No es esto una prueba de que se gana en moralidad y que es una extraña ilusión pensar que antaño eran mejores los hombres?

Núm. 1. La demanda.

242. La demanda de separación debe hacerse pública. Cuando la ley prescribe la publicidad, esto es siempre por interés de los terceros; éstos están muy interesados en la publicidad de la demanda de separación de bienes. La ley da á los acreedores del marido el derecho de intervenir en la instancia para contestar la demanda de la mujer (artículo 1,447). Es, pues, necesario que sepan que el proceso está incoado. Aquellos mismos que no son acreedores, pero que quisieran tratar con el marido, tienen interés en saber que una

1 Toullier, t. VII, 1, pág. 67, núm. 75.

acción por separación está formada contra él, pues si la separación se pronuncia tiene efecto desde el día de la demanda (art. 1,445). A consecuencia de esta retroacción, la mujer puede atacar los actos de su marido posteriores á la introducción de la demanda; los terceros deben estar prevenidos con el fin de poder resguardar sus intereses. Por esto es que la ley quiere que la demanda se publique por vía de los periódicos; esta es la publicidad predilecta de los tiempos modernos, es mucho más eficaz que la que se hace por *avisos* pegados en los auditorios de los tribunales.

243. ¿Cuáles son las formas prescriptas para la publicidad? Transladamos acerca de este punto á los artículos 866-868 del Código de Procedimientos. El art. 869 agrega: «Salvo para los actos conservatorios, no podrá pronunciarse ninguna sentencia sino un mes después de la observancia de las formalidades arriba prescriptas.» Es necesario un tiempo moral para que los acreedores advertidos por la publicidad de la demanda recojan los informes que les permitan apreciar si la demanda es seria ó si está hecha en fraude de sus derechos. Si la demanda pudiera ser sentenciada inmediatamente, se favorecería el fraude; el tribunal decidiría sin estar ilustrado por la oposición de los acreedores. Es verdad que la ley permite á los acreedores atacar la separación pronunciada en fraude de sus derechos, aunque no hubiesen intervenido en la instancia, pero es mejor preveer una separación fraudulenta que verse obligado á anularla. (1)

El art. 869 sanciona la observancia de estas formalidades por la pena de nulidad, la cual puede ser opuesta por el marido ó por los acreedores. Cuando el interés de los terceros está en causa, la ley pronuncia ordinariamente la nulidad, porque el interés de los terceros es el interés público. Volveremos á este punto más adelante.

244. Pothier dice que el juez no debe pronunciar la sepa-

1 Toullier, t. VII, 1, pág. 46, núm. 49. Rodière y Pont, t. III, núm. 2131.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

ración sino después que la mujer haya probado los hechos que sirven de fundamento á su demanda. Esto es el derecho común y es también el derecho común el que determina la naturaleza de las prnebas. Hay, sin embargo, una excepción. Cuando en materia civil el demandado reconoce la legitimidad de la demanda, el demandado obtiene el gane, puesto que la confesión judicial hace fe plena contra quien la hizo (art. 1,356). ¿Será suficiente la confesión del marido para admitir la separación? Nó. Aunque, dice Pothier, el marido hubiese confesado los hechos que sirven de fundamento á la demanda de la mujer, el juez no por eso debe dejar de exigir que la mujer ministre la prueba. Esto es una consecuencia que prohibe las separaciones voluntarias No pudiendo hacerse las separaciones por consentimiento de las partes, es necesario, para evitar la colusión entre el marido y la mujer, que los hechos estén justificados por la mujer independientemente de la confesión del marido. La opinión de Pothier está consagrada por el Código de Procedimientos (art. 870). (1)

Núm. 2. De la sentencia.

245. «Toda separación de bienes debe hacerse pública antes de su ejecución» (art. 1,445). ¿Por qué prescribe la ley la publicidad de la sentencia que pronuncia la separación? Pothier da de esto una razón que es decisiva. La separación de bienes trae un cambio considerable en el estado de la mujer; ésta vuelve á tomar la *libre* administración de sus bienes muebles; es decir, que está libertada del poder marital para todo cuanto se refiere á la administración de sus bienes; puede disponer de ellos, puede obligarse sin autorización del marido ó de la justicia. Vuelve, además, al goce de sus bienes y, por consiguiente, el marido no lo tiene ya. Los terceros que tratan con el marido ó la mujer tienen grande interés en conocer los cambios que la separación produce en los derechos del marido y en el estado de la mujer. Además, los acreedores del marido tienen el derecho de atacar la separación que se hubiese hecho en fraude de sus derechos. La publicidad de la sentencia que pronuncia la separación los advierte de todo esto. En fin, los acreedores pueden atacar la ejecución de la sentencia si ésta se hace en fraude de sus derechos. Es también un motivo para dar la mayor publicidad á la sentencia, la que los pone en posición de cuidar de sus intereses. (1)

1 Pothier, *De la comunidad*, núm. 515. Aubry y Rau, t. V, pág. 394, nota 21, pfo. 516.

246. El modo de publicidad está determinado por el artículo 1,445, completado por el art. 872 del Código de Procedimientos. Según el Código Civil, la sentencia debe ser fijada en la sala del tribunal de primera instancia y además, si el marido es comerciante, banquero ó industrial, en la sala del tribunal de comercio del lugar de su domicilio. El Código de Procedimientos ordena el anuncio en el tribunal de comercio, aunque el marido no sea comerciante, porque necesariamente tiene que tener relaciones con los comerciantes que tienen interés en saber si es común en bienes ó si la comunidad está disuelta. Además, el Código de Procedimientos exige el anuncio en la sala de abogados y de notarios, porque por la naturaleza de sus funciones están llamados á dar consejos á los que tratan con el marido. Hay, sin embargo, un vacío en el art. 872. La demanda de separación debe ser hecha pública por vía de los periódicos, mientras que la ley no prescribe la inserción de la sentencia de separación en los periódicos. Esto es un olvido del legislador, pues no hay ningún motivo de diferencia entre la sentencia y la demanda. De hecho, la publicación de la sentencia tiene lugar por los periódicos; pero como la ley no la prescribe terminantemente, no se podría pronunciar la

1 Pothier, *De la comunidad*, núm. 517. Demante, t. V, pág. 241, núm. 93.

nulidad por la no observancia de esta formalidad, no pudiendo extenderse la pena de nulidad por analogía. (1)

247. El art. 1,445 pronuncia la nulidad de la ejecución por falta de publicidad de la sentencia. ¿Debe extenderse esta sanción á la inobservancia de las formalidades prescriptas por el art. 872 del Código de Procedimientos? Hay un motivo de duda, es que no se extiende la nulidad. En materia de procedimiento es de principio que ninguna acta puede ser declarada nula si la nulidad no está terminantemente pronunciada por la ley (art. 1,030) Sin embargo, no han prevalecido estas dudas, y con razón. Debe, desde luego, apartarse el art. 1,030 que sólo concierne á las *actas de procedimientos;* no puede calificarse así el anuncio en un tribunal y la inserción en los periódicos. Además, el art. 872 del Código de Procedimientos y el art. 1,445 del Código Civil sólo forman en realidad una sola disposición, teniendo un solo y mismo objeto, la publicidad. No se concibe que uno de los elementos de la publicidad fuera sancionado por la pena de nulidad, mientras que el otro quedaría sin sanción. Quizá estas razones no sean suficientes, pero hay otras que son decisivas. El art. 872 agrega en el final: «todo esto sin perjuicio de las disposiciones citadas por el art. 1,445 del Código Civil.» Y el art. 1,445 ordena la publicidad de la sentencia bajo pena de nulidad de la ejecución; esta nulidad alcanza, pues, cualquiera inobservancia de las formas prescriptas por la publicidad, las del art. 1,445 completadas por las del art. 872 que están concebidas en forma irritante y, por consiguiente, implican nulidad. Tal es la jurisprudencia (2) así como la doctrina. (3)

1 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 241, núm. 93 *bis* I y II.

2 Véanse, entre otras sentencias, Caen, 15 de Julio de 1828 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 1779) y Amiéns, 25 de Diciembre de 1825 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 1777). Compárese *Pasicrisia*, 1861, 2, 301, en nota acerca de la requisitoria del Procurador General Donny.

3 Aubry y Rau, t. V, pág. 396 y nota 26. Rodière y Pont, t. III, pág. 625, núm. 2143.

248. La separación de bienes resultante de la separación de cuerpos ¿debe hacerse publicar? Según el Código de Procedimientos, art. 880, un extracto de la sentencia que pronuncia la separación debe ser publicada, *como se dice en el art. 872.* ¿Es esto bajo pena de nulidad? La Corte de Casación pone la separación de bienes resultante de la separación de cuerpos en la misma línea que la separación de bienes promovida por la mujer; y en teoría esta asimilación es perfectamente exacta, cuando menos en lo que toca á la publicidad de la sentencia; hay identidad de razones si se admite que la sentencia retrotrae en ambos casos. Aun sin tener en cuenta la retroacción, el interés de los terceros exige la publicidad (t. III, núm. 339). Pero la cuestión de nulidad presenta una dificultad especial. El art. 880 sólo translada al art. 872, y el art. 872 translada al art. 1,445 del Código Civil. ¿Puede concluirse de esto, como lo hace la Suprema Corte, que el art. 1,445 es aplicable á la separación de cuerpos? (1) Esto nos parece dudoso; sin embargo, admitimos la nulidad porque el art. 872 la establece implícitamente, como acabamos de decirlo (núm. 247).

Núm. 3. Ejecución de la sentencia.

249. La sentencia que pronuncia la separación de bienes debe ser ejecutada, bajo pena de nulidad, en el plazo y en las formas prescriptas por el art. 1,444. Esto es también una regla especial á nuestra materia. Según el derecho común, aquel que obtuvo una sentencia está libre para ejecutarla cuando quiere, puede conceder un plazo al demandado; la ley se atiene, á este respecto, al interés de las partes. ¿Por qué sucede de otro modo para la sentencia de separación? Debe ejecutarse en los quince días y de la manera que

1 Denegada, 14 de Marzo de 1837 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 1792).

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

nulidad por la no observancia de esta formalidad, no pudiendo extenderse la pena de nulidad por analogía. (1)

247. El art. 1,445 pronuncia la nulidad de la ejecución por falta de publicidad de la sentencia. ¿Debe extenderse esta sanción á la inobservancia de las formalidades prescriptas por el art. 872 del Código de Procedimientos? Hay un motivo de duda, es que no se extiende la nulidad. En materia de procedimiento es de principio que ninguna acta puede ser declarada nula si la nulidad no está terminantemente pronunciada por la ley (art. 1,030) Sin embargo, no han prevalecido estas dudas, y con razón. Debe, desde luego, apartarse el art. 1,030 que sólo concierne á las *actas de procedimientos;* no puede calificarse así el anuncio en un tribunal y la inserción en los periódicos. Además, el art. 872 del Código de Procedimientos y el art. 1,445 del Código Civil sólo forman en realidad una sola disposición, teniendo un solo y mismo objeto, la publicidad. No se concibe que uno de los elementos de la publicidad fuera sancionado por la pena de nulidad, mientras que el otro quedaría sin sanción. Quizá estas razones no sean suficientes, pero hay otras que son decisivas. El art. 872 agrega en el final: «todo esto sin perjuicio de las disposiciones citadas por el art. 1,445 del Código Civil.» Y el art. 1,445 ordena la publicidad de la sentencia bajo pena de nulidad de la ejecución; esta nulidad alcanza, pues, cualquiera inobservancia de las formas prescriptas por la publicidad, las del art. 1,445 completadas por las del art. 872 que están concebidas en forma irritante y, por consiguiente, implican nulidad. Tal es la jurisprudencia (2) así como la doctrina. (3)

1 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 241, núm. 93 *bis* I y II.

2 Véanse, entre otras sentencias, Caen, 15 de Julio de 1828 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 1779) y Amiéns, 25 de Diciembre de 1825 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 1777). Compárese *Pasicrisia*, 1861, 2, 301, en nota acerca de la requisitoria del Procurador General Donny.

3 Aubry y Rau, t. V, pág. 396 y nota 26. Rodière y Pont, t. III, pág. 625, núm. 2143.

248. La separación de bienes resultante de la separación de cuerpos ¿debe hacerse publicar? Según el Código de Procedimientos, art. 880, un extracto de la sentencia que pronuncia la separación debe ser publicada, *como se dice en el art. 872.* ¿Es esto bajo pena de nulidad? La Corte de Casación pone la separación de bienes resultante de la separación de cuerpos en la misma línea que la separación de bienes promovida por la mujer; y en teoría esta asimilación es perfectamente exacta, cuando menos en lo que toca á la publicidad de la sentencia; hay identidad de razones si se admite que la sentencia retrotrae en ambos casos. Aun sin tener en cuenta la retroacción, el interés de los terceros exige la publicidad (t. III, núm. 339). Pero la cuestión de nulidad presenta una dificultad especial. El art. 880 sólo translada al art. 872, y el art. 872 translada al art. 1,445 del Código Civil. ¿Puede concluirse de esto, como lo hace la Suprema Corte, que el art. 1,445 es aplicable á la separación de cuerpos? (1) Esto nos parece dudoso; sin embargo, admitimos la nulidad porque el art. 872 la establece implícitamente, como acabamos de decirlo (núm. 247).

Núm. 3. Ejecución de la sentencia.

249. La sentencia que pronuncia la separación de bienes debe ser ejecutada, bajo pena de nulidad, en el plazo y en las formas prescriptas por el art. 1,444. Esto es también una regla especial á nuestra materia. Según el derecho común, aquel que obtuvo una sentencia está libre para ejecutarla cuando quiere, puede conceder un plazo al demandado; la ley se atiene, á este respecto, al interés de las partes. ¿Por qué sucede de otro modo para la sentencia de separación? Debe ejecutarse en los quince días y de la manera que

1 Denegada, 14 de Marzo de 1837 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 1792).

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

la ley determina, si no es nula. Esto es porque el legislador teme las separaciones simuladas y fraudulentas. Si realmente hay peligro de la dote ó de las devoluciones, la mujer se apresurará á ejecutar la sentencia con el fin de evitar la pérdida completa de la comunidad y de los bienes del marido. Pero si en lugar de activar la ejecución la mujer no obra ¿qué debe concluirse de su inacción? Es que la dote y las devoluciones no están en peligro; la separación no es, pues, seria, esconde un fraude; la mujer pudiera concertarse con su marido para engañar á los terceros por la apariencia de una comunidad realmente disuelta, á reserva de oponerles después la disolución cuando quieran obrar contra la comunidad. La ley evita estos fraudes exigiendo la ejecución inmediata y seria de las sentencias. (1).

250. La disposición del art. 1,444 es absoluta, debe recibir su ejecución en todos los casos en que hay separación de bienes, aunque hubiese declaración de quiebra. La Corte de Bruselas así lo sentenció. (2) Sin embargo, no se aplica el art. 1,444 á la separación de bienes que resulta de la separación de cuerpos. Desde luego no hay ningún artículo de nuestros códigos del que pueda inducirse que el artículo 1,444 es aplicable á la separación de cuerpos. Tampoco hay igual motivo para decidir. No es por peligro de la dote y de sus devoluciones por lo que el esposo pide la separación de cuerpos; ¿y cómo pudiera sospecharse una colusión entre los cónyuges cuando los divide el odio y que su desavenencia acaba de señalarse por un proceso escandaloso? Las razones especiales que motivan el art. 1,444 son, pues, extrañas á la separación de bienes que resulta de la separación de cuerpos por vía de consecuencia. (3)

251. Se ha creído que el art. 872 derogaba el Código Civil. El Código de Procedimientos quiere que un extracto de la sentencia se exponga á la vista por un año en el auditorio de los tribunales de primera instancia y de comercio, así como en la sala de abogados y de notarios. Después de haber prescripto estas formalidades, el art. 872 agrega: «La mujer no podrá comenzar la ejecución de la sentencia sino desde el día en que estas formalidades hayan sido aceptadas, *sin que, sin embargo, sea necesario esperar la expiración del plazo de un año.*» Si la ejecución debe hacerse en la quincena, bajo pena de nulidad, era inútil decir que la mujer sí puede hacer sin esperar un año de plazo. Esta es la objeción; no ha influido en la doctrina ni en la jurisprudencia. Se admite difícilmente que el Código de Procedimientos derogue el Código Civil, formando ambos códigos sólo uno bajo el punto de vista de los principios. No hay derogación terminante; no se pudiera, pues, admitirla sino cuando hubiera incompatibilidad entre los arts. 872 y 1,444, y estas disposiciones se concilian muy bien. La ejecución debe hacerse en la quincena: esto es lo que manda el Código Civil. Un extracto de la sentencia debe quedar expuesto durante un año á la vista del público: esto es lo que ordena el Código de Procedimientos. La mujer expondrá el extracto y ejecutará en la quincena. Se dirá: ¿de qué sirve entonces el final del art. 872? Es una explicación. Se hubiera podido creer que la sentencia no podía ejecutarse sino después del plazo de un año; la ley dice que puede ejecutarse antes. ¿Cuándo debe ejecutarse? En este punto nada dice el art. 872; no deroga, pues, el art. 1,444, puesto que ni siquiera se ocupa de la cuestión decidida por este artículo. (1)

252. El art. 1,444 quiere que la sentencia se ejecute, ó

1 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 236, núm. 92 *bis* I.
2 Bruselas, 14 de Marzo de 1855 (*Pasicrisia*, 1858, 2, 38).
3 Burdeos, 4 de Febrero de 1811 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 1802). Lieja, 11 de Mayo de 1867 (*Pasicrisia*, 1867, 2, 353).

1 Durantón, t. XIV, pág. 545, núm 411 y todos los autores. Aubry y Rau, t. V, pág. 397, nota 29, pfo. 516. Debe agregarse, Colmet de Santerre, t. VI, pág. 239, núm. 92 *bis* VI. Véase la jurisprudencia en el *Repertorio* de Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 1798.

cuando menos que haya principios de ejecución, en la quincena. No debe inducirse de esto que debe forzosamente haber ejecución de la sentencia de separación. La ley no lo exige. Comienza por decir que la separación debe ser ejecutada por el pago de los derechos de la mujer efectuado por acta auténtica, lo que supone una ejecución voluntaria. Sólo cuando el marido se niega á ejecutar es cuando la mujer deberá promover la ejecución comenzando en la quincena. Tal es el derecho común; nunca ordena la ley dirigirse á la justicia cuando las partes están acordes en hacer lo que ordena. No hay ninguna razón para apartarse, en este punto, del derecho común. La doctrina y la jurisprudencia estarán acordes. (1)

253. El art. 1,444 deroga el derecho común en lo que toca á las formas. Quiere primero que la ejecución sea sincera: es por temor á una separación fraudulenta por lo que la ley ha dictado todas estas disposiciones. El pago de los derechos y devoluciones de la mujer debe ser *real*, es decir, no simulado. Cuando el legislador quiere impedir la simulación ó hacerla, cuando menos, más difícil, prescribe la intervención de un oficial público y exige una acta auténtica. La autenticidad es, pues, una condición de la validez de la ejecución. Una acta privada, teniendo fecha cierta, no bastaría. Troplong cita una sentencia de la Corte de Casación que parece admitir una interpretación más suave; (2) confiesa que esto es hacer alguna violencia á la letra de la ley. Esta confesión condena al intérprete, pues no le está permitido apartarse de la ley, sobre todo cuando tiene por objeto evitar el fraude. Si se cree demasiado rigurosa, que se cambie, pero que no se autorice á los jueces el colocarse más

1 Troplong, t. I, pág. 396, núm. 1360 y todos los autores. Véase la jurisprudencia en el *Repertorio* de Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, número 1816.

2 Casación, 23 de Agosto de 1825 (Dalloz, en la palabra *Venta*, núm. 430). Troplong, t. I, pág. 396, núm. 1360. En sentido contrario, Rodière y Pont, t. III, pág. 631, nota 2.

alto que ella cuando la encuentran demasiado severa, á su parecer.

No se debe tampoco sobrepasar el rigor de la ley; todo cuanto quiere es que el pago sea auténticamente comprobado; basta, pues, que lo sea por un oficial público teniendo calidad para recibir el pago, no es necesario que intervenga un notario. Ha sido sentenciado que el pago de los derechos de la mujer está válidamente comprobado cuando un escribano de diligencias ha sido encargado de notificar la sentencia con mandato de ejecutarla y recibe lo que el marido paga y lo hace constar. En efecto, los mandamientos son actos jurídicos procedentes de un oficial ministerial obrando en el ejercicio de sus funciones; hacen prueba de su fecha y de su contenido; corresponden al objeto del artículo 1,144. (1)

Nos vemos obligados á entrar en estos pormenores porque todas las prescripciones de la ley están sancionadas por la nulidad. Una mujer obtiene la separación de bienes; notifica la sentencia á su marido, quien le devuelve sus donas. Diez años pasan sin otro acto de ejecución. La separación fué declarada nula porque no había sido seguida del pago real de los derechos de la mujer. (2)

254. Puede suceder que el marido se niegue á ejecutar la sentencia. En este caso debe haber promociones. La ley quiere que éstas comiencen en la quincena. Este plazo da lugar á una dificultad. El Código de Procedimientos (artículo 174) concede á la mujer separada de bienes un plazo de tres meses, y cuarenta días para hacer los inventarios y deliberar. Puede aceptar ó repudiar, pero no debe ejercer su derecho de opción sino al cumplir el plazo legal. Si la mujer tiene tres meses para hacer inventario, más cuarenta dias para deliberar ¿cómo puede estar obligada á ejecutar la sen-

1 Denegada, 12 de Agosto de 1847 (Dalloz, 1847, 1, 322).

2 Denegada, 28 de Diciembre de 1858 (Dalloz, 1858, 1, 108).

tencia en la quincena? Esta ejecución sólo puede hacerse cuando la mujer ha optado, puesto que los derechos de la mujer difieren según acepta ó renuncia. A primera vista parece que hay antinomia radical entre el Código Civil y el de Procedimientos. Una distinción concilia á ambos códigos, cuando menos en parte. Hay derechos que la mujer ejerce independientemente de su opción: son sus devoluciones; que renuncie ó acepte, siempre vuelve á tomar sus propios ó el precio si fueron vendidos, así como las recompensas que le debe la comunidad; aquí el Código de Procedimientos está fuera de causa; el art. 1,444 queda aplicable: la mujer debe obrar en la quincena. No pasa así con los derechos que pertenecen á la mujer sólo cuando acepta, es decir, su parte en la comunidad; no puede estar obligada á pedir la partición en la quincena, puesto que tiene tres meses para hacer inventario y cuarenta días para deliberar su aceptación ó repudio. En este punto el Código de Procedimientos deroga el Código Civil. (1)

255. Según el art. 1,444 basta que las promociones estén *comenzadas* en la quincena; la ley no exige que la ejecución sea completa, esto es imposible; desde que hay ejecución forzada se necesita una sentencia que liquide los derechos de la mujer, y las sentencias no se obtienen en veinticuatro horas. Sin embargo, la ley, siempre desconfiada, quiere que las promociones comenzadas en la quincena continúen sin interrupción. Un principio de promoción pudiera ser un acto simulado. Si la mujer tiene interés serio en la separación, se cuidará mucho de no interrumpir las promociones, puesto que las moras é interrupciones pudieran serle fatales. Cuando hay interrupción, la ley presume la simulación y anula. ¿Pero cuándo puede decirse que las promociones están interrumpidas? Acerca de este punto nada dice la ley; esto equivale á decir que se atiene al juez. En efecto, la cuestión

1 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 237, núm. 92 *bis* IV.

es de hecho más que de derecho. Las promociones pueden ser interrumpidas por motivos legítimos; en este caso, la separación es mantenida; si, al contrario, la interrupción no está justificada resulta que no es seria la separación; la ley la declara nula. Los motivos de excusa se dejan necesariamente á la apreciación del juez. (1) Citaremos algunas aplicaciones tomadas de la jurisprudencia.

La mujer cesa de promover contra el marido para litigar contra un tercero que había embargado los inmuebles del marido; este proceso incidental debía estar resuelto antes que la mujer pudiera ejercer sus derechos en los inmuebles; era, pues, menos una interrupción de las promociones que una continuación de la ejecución, siendo la distracción de los inmuebles embargados un preliminar indispensable sin el cual las promociones no podían continuarse. (2) Pero si la mujer se conforma con embargar los muebles y levantar acta de carencia cuando su marido posee inmuebles; si la mujer no se presenta al mandamiento de venta de los inmuebles, debe concluirse que la separación no es seria: fué declarada nula y la decisión fué confirmada por una sentencia de denegada. En el caso no había ninguna duda: la mujer permaneció más de veinte años sin hacer ningún acto de ejecución. (3)

Resulta de lo que acabamos de decir que no hay ningún tiempo prescripto en el que deba durar la interrupción para que haya nulidad de la separación. Marcadé pretende que la Corte de Casación ha fijado el plazo de un año; luego él hace una gran crítica de dicha decisión. Antes de censurar una sentencia se debe cuando menos estar seguro de lo que decidió la Corte; y en el caso, es muy seguro que la

1 Aubry y Rau, t. V, pág. 398, nota 36, pfo. 516 (4.ª edición).
2 Denegada, 23 de Marzo de 1818 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 1838).
3 Denegada, 28 de Febrero de 1833 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 1845). Compárense las sentencias citadas por Dalloz, (*ibid*, números 1836 y 1847).

Corte de Casación no dijo lo que se le hace decir: sentenció de hecho que, en las circunstancias de la causa, la interrupción de menos de un año no anulaba la separación de bienes. (1)

256. La ejecución debe comenzar en la quincena y debe ser continuada hasta que se complete, pues el art. 1,444 quiere que el pago sea real *hasta concurrencia de los bienes del marido*. El marido cede á la mujer todo su mobiliar, su pago de sus derechos y devoluciones: ¿es esto una ejecución en el sentido del art. 1,444? Sí cuando el marido sólo posee muebles, nó cuando tiene inmuebles; si la mujer no traba ejecución en los inmuebles, la separación será nula; la ley supone que es simulada y hecha en fraude de los terceros. (2)

257. Queda por saber lo que se entiende por ejecución. La cuestión es muy importante, puesto que sin ejecución la sentencia de separación cae; pero como se relaciona con el procedimiento, nos limitaremos á hacer constar la doctrina y la jurisprudencia. Los autores y las sentencias no están muy acordes. ¿No será por haberse apegado demasiado á los principios generales de los procedimientos? El Código Civil quiere que la separación sea sincera, y para asegurarse que lo es, exige que la mujer ejecute la sentencia. ¿No pasa lo mismo con la ejecución como con la interrupción de las promociones? Esto es, ante todo, una cuestión da hecho, pues se trata de saber en definitiva si la separación es seria ó simulada. Y estas cuestiones son esencialmente de hecho. De cualquiera manera, hé aquí en qué términos uno de nuestros más exactos autores formula el principio fundándose en la doctrina y en la jurisprudencia. Hay ejecución

1 Denegada, 2 de Mayo de 1831 (Dalloz, en la palabra *Contrato de Matrimonio*, núm. 1843).
2 Colmar, 30 de Noviembre de 1838 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 1811). París, 27 de Diciembre de 1871 (Dalloz, 1873, 5, 414, núm. 1).

cuando la mujer hace notificar la sentencia á su marido, con mandamiento de satisfacerla, ó citación para presentarse ante un notario para proceder con ella á la liquidación de sus derechos. La simple notificación de la sentencia no constituye un principio de ejecución. Sin embargo, se agrega una restricción: así sucede *generalmente*. Esto supone excepciones. (1) ¿Cuándo hay excepción? No se dice, luego el juez es quien decidirá de hecho. Dejarle la apreciación de la excepción, es hacerlo dueño de la regla, de manera que en definitiva todo depende de él. ¿No será esta la razón de la diversidad de jurisprudencia en esta materia?

Núm. 4. De la nulidad por falta de ejecución.

I. Carácter de la nulidad.

258. El art. 1,444 dice: «La *separación de bienes* es *nula* si no ha sido ejecutada.» Se han promovido numerosas discusiones acerca de esta nulidad. Ante todo, debe determinarse su carácter. La ley no dice que el procedimiento es nulo, ni que la sentencia es nula; anula la separación. Esta es la misma expresión de que se sirve hablando de la separación voluntaria: la declara nula. Síguese de esto que la nulidad no es una nulidad de procedimientos, la que debe ser propuesta antes de cualquiera defensa del fondo; es una excepción perentoria que las partes interesadas pueden presentar en cualquier estado en que se encuentre la causa. (2) Esto está también fundado en la razón. En el espíritu de la ley, la separación no ejecutada no es seria; equivale, pues, á una ejecución que no tiene otra causa que la voluntad de las partes. Es decir, que es radicalmente nula; todo es nulo.

Hay, acerca de este punto, una excelente sentencia de la

1 Aubry y Rau, t. V, pág. 398, notas 34 y 35, pfo. 516 (4.ª edición).
2 Burdeos, 22 de Enero de 1834 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 1862). Aubry y Rau, t. V, pág. 400 y nota 40, pfo. 516.

Corte de Casación no dijo lo que se le hace decir: sentenció de hecho que, en las circunstancias de la causa, la interrupción de menos de un año no anulaba la separación de bienes. (1)

256. La ejecución debe comenzar en la quincena y debe ser continuada hasta que se complete, pues el art. 1,444 quiere que el pago sea real *hasta concurrencia de los bienes del marido*. El marido cede á la mujer todo su mobiliar, su pago de sus derechos y devoluciones: ¿es esto una ejecución en el sentido del art. 1,444? Sí cuando el marido sólo posee muebles, nó cuando tiene inmuebles; si la mujer no traba ejecución en los inmuebles, la separación será nula; la ley supone que es simulada y hecha en fraude de los terceros. (2)

257. Queda por saber lo que se entiende por ejecución. La cuestión es muy importante, puesto que sin ejecución la sentencia de separación cae; pero como se relaciona con el procedimiento, nos limitaremos á hacer constar la doctrina y la jurisprudencia. Los autores y las sentencias no están muy acordes. ¿No será por haberse apegado demasiado á los principios generales de los procedimientos? El Código Civil quiere que la separación sea sincera, y para asegurarse que lo es, exige que la mujer ejecute la sentencia. ¿No pasa lo mismo con la ejecución como con la interrupción de las promociones? Esto es, ante todo, una cuestión da hecho, pues se trata de saber en definitiva si la separación es seria ó simulada. Y estas cuestiones son esencialmente de hecho. De cualquiera manera, hé aquí en qué términos uno de nuestros más exactos autores formula el principio fundándose en la doctrina y en la jurisprudencia. Hay ejecución

1 Denegada, 2 de Mayo de 1831 (Dalloz, en la palabra *Contrato de Matrimonio*, núm. 1843).
2 Colmar, 30 de Noviembre de 1838 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 1811). París, 27 de Diciembre de 1871 (Dalloz, 1873, 5, 414, núm. 1).

cuando la mujer hace notificar la sentencia á su marido, con mandamiento de satisfacerla, ó citación para presentarse ante un notario para proceder con ella á la liquidación de sus derechos. La simple notificación de la sentencia no constituye un principio de ejecución. Sin embargo, se agrega una restricción: así sucede *generalmente*. Esto supone excepciones. (1) ¿Cuándo hay excepción? No se dice, luego el juez es quien decidirá de hecho. Dejarle la apreciación de la excepción, es hacerlo dueño de la regla, de manera que en definitiva todo depende de él. ¿No será esta la razón de la diversidad de jurisprudencia en esta materia?

Núm. 4. De la nulidad por falta de ejecución.

I. Carácter de la nulidad.

258. El art. 1,444 dice: «La *separación de bienes* es *nula* si no ha sido ejecutada.» Se han promovido numerosas discusiones acerca de esta nulidad. Ante todo, debe determinarse su carácter. La ley no dice que el procedimiento es nulo, ni que la sentencia es nula; anula la separación. Esta es la misma expresión de que se sirve hablando de la separación voluntaria: la declara nula. Síguese de esto que la nulidad no es una nulidad de procedimientos, la que debe ser propuesta antes de cualquiera defensa del fondo; es una excepción perentoria que las partes interesadas pueden presentar en cualquier estado en que se encuentre la causa. (2) Esto está también fundado en la razón. En el espíritu de la ley, la separación no ejecutada no es seria; equivale, pues, á una ejecución que no tiene otra causa que la voluntad de las partes. Es decir, que es radicalmente nula; todo es nulo.

Hay, acerca de este punto, una excelente sentencia de la

1 Aubry y Rau, t. V, pág. 398, notas 34 y 35, pfo. 516 (4.ª edición).
2 Burdeos, 22 de Enero de 1834 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 1862). Aubry y Rau, t. V, pág. 400 y nota 40, pfo. 516.

Corte de Casación. La nulidad, dice la Corte, no se aplica limitativamente á la sentencia de separación de bienes, la ley dice que la *separación es nula*; esta expresión marca que el legislador no sólo tuvo en vista la sentencia sino también los procedimientos hechos para obtenerla; es decir, la instancia introducida por las partes; es, pues, dicha instancia la que queda anulada como si nunca hubiese sido introducida. Se objetaba el art. 156 del Código de Procedimientos, según el cual las sentencias por falta de presencia deben ser ejecutadas en los seis meses de su obtención, si no serán reputadas como no existentes. La Corte contesta que el artículo 156 lejos de contrariar la interpretación que ella da al art. 1,444, la justifica. En efecto, el Código de Procedimientos considera sólo las *sentencias* y se limita á decir que se reputan no existentes, mientras que el art. 1,444 se expresa de manera muy distinta, y decide en términos generales y absolutos que la *separación es nula*. La Corte de Casación agrega consideraciones que tocan al principio fundamental en esta materia; por esto las reproducimos. Deben dejarse á un lado las reglas de derecho común establecidas por los arts. 156 y 397 del Código de Procedimientos, porque la demanda de separación de bienes está regida por disposiciones especiales que derogan el derecho común. Tales son las formalidades prescriptas para la publicidad y para la ejecución de la sentencia. El legislador las estableció principalmente en favor de los acreedores del marido para que puedan evitar los fraudes que los esposos pudieran cometer en su perjuicio. Es en tal espíritu como debe interpretarse la nulidad de la separación pronunciada por el artículo 1,444. La ley entiende volver á colocar á las partes en el estado en que se encontraban antes de la demanda; por consiguiente, anula esta demanda y todos los procedimientos de que fué objeto. Si, como lo pretende el recurso, la ley no anulase más que la sentencia dejando subsistir los

procedimientos anteriores, sucedería que la mujer podría, cuando ejecutara, volver á sus errores. Así cuando la sentencia hubiera caducado por falta de ejecución en la quincena, la mujer podrá presentar de nuevo su demanda después de una simple citación, y hacer pronunciar la separación en el plazo de algunos días sin nueva publicidad, luego sin que la supieran los acreedores que deben creer que la separación quedó abandonada. Por esto se harían ilusorias todas las garantías que la ley introdujo en favor de los terceros, y la ley daría ella misma un medio legal de eludir sus disposiciones. El espíritu de la ley y el texto protestan contra semejante interpretación. (1)

259. Se ha sostenido ante la Corte de Gante que la nulidad es de orden público. Berlier dijo, en efecto, en la exposición de los motivos, que las formas prescriptas para llegar á la separación de bienes están requeridas por el orden público. Esto es verdad en el sentido de que están establecidas en el interés de los terceros, lo que es un interés general y, por lo tanto, de orden público si se toma esta expresión en su sentido más lato. Pero de que los motivos que han hecho establecer las formas interesen á los terceros, no resulta que la nulidad sea de orden público. Se entiende por esto una nulidad absoluta que reclama el interés de la sociedad, y en la cual, por consiguiente, las partes interesadas no pueden renunciar. Tal no es el carácter de la nulidad pronunciada por el art. 1,444. Es verdad que los terceros, en general, están interesados en la observancia de las formalidades legales; pero cuando las formas no han sido observadas, ya no son todos los terceros quienes tienen interés en la nulidad, son sólo los que han tratado con los esposos.

1 Casación, 11 de Junio de 1823 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 1862) y 3 de Abril de 1848 (Dalloz, 1848, 1, 89).

Por consiguiente, la nulidad está pedida en interés particular y no en interés social. (1)

De esto resulta una consecuencia muy importante. La nulidad, siendo de interés privado, puede cubrirse, mientras que si fuese de orden público no podría cubrirse. Se cubre por la renuncia, pudiendo cualquiera renunciar á lo que está establecido en su interés propio. Después del plazo de quince días la sentencia caduca, como dice la Corte de Casación, si no ha sido ejecutada. El marido, en lugar de prevalerse de la nulidad, deja ejecutar la sentencia en su contra, ó reconoce á su mujer la calidad de mujer separada, dejándole la administración y el goce de sus bienes personales. Esto es renunciar tácitamente al derecho que tiene de oponer la nulidad de la separación. La mujer también puede renunciar al derecho de oponer la nulidad de la separación, como puede renunciar á la separación no ejecutándola: su interés está sólo en causa en esta renuncia. Si ejecuta la sentencia después del plazo de quince días; si vuelve á tomar la administración y goce de sus propios, ya no puede decir que la sentencia ha caducado. Podrá haber considerado la sentencia como no existente; la considera, al contrario, como válida; luego renuncia á la nulidad como tenía el derecho de hacerlo. Los acreedores están muy interesados en que la separación se anule; pero este interés sólo es un interés privado al que pueden renunciar; y lo renuncian si, después de la quincena, concurren á la ejecución de la sentencia; no se ejecuta un acto del que se tiene intención pedir la nulidad. Tales son la doctrina y la jurisprudencia. (2)

II. Quién puede oponer la nulidad.

260. La nulidad puede ser opuesta por todo tercero interesado. Esto resulta del carácter de la nulidad establecida

1 Gante, 27 de Abril de 1861 (*Pasicrisia*, 1861, 2, 301).
2 Aubry y Rau, t. V, pág. 400, notas 42-44 y las sentencias que citan.

para resguardar los intereses de los terceros, es natural que cualquiera de ellos pueda hacerla valer. Tales son, ante todo, los acreedores del marido. La ley tiende, sobre todo, á protejerlos cuando prescribe formas que tienden á impedir las separaciones fraudulentas y simuladas; luego cuando estas formas no han sido cumplidas los acreedores del marido deben tener el derecho de oponer la nulidad.

La aplicación del principio levanta una cuestión que está controvertida. ¿Debe distinguirse entre los acreedores anteriores á la ejecución tardía y los acreedores posteriores á dicha ejecución? La Corte de Casación se ha pronunciado en favor de la distinción. Parte del principio que la nulidad de la separación está fundada en una presunción de colusión fraudulenta entre los esposos, en perjuicio de los acreedores del marido; y ¿puede decirse que los esposos han querido perjudicar á los acreedores que aun no existen? (1) Esto nos parece decisivo, en el sentido de que los acreedores no pueden formar en su nombre la acción de nulidad. Otra es la cuestión de saber si los acreedores del marido, cualquiera que sea la fecha de sus créditos, pueden oponer la nulidad en nombre del marido, su deudor. Si el marido tiene este derecho, hay que admitir que sus acreedores también lo ejercen; esto es el derecho común; y el derecho común es también que los acreedores pueden ejercer los derechos de su deudor, aunque su crédito fuese posterior. Transladamos á lo que fué dicho acarca del artículo 1,166 (t. XVI, núm. 396).

Se nos pudiera objetar que no permitiendo á los acreedores posteriores promover la nulidad en su nombre, les aplicamos los principios que rigen la acción pauliana (t. XVI, núm. 460); y la acción de nulidad del art. 1,444 no es una acción pauliana, los acreedores deben probar que la sepa-

1 Denegada, 1.° de Julio de 1863 (Dalloz, 1864, 1, 66). Troplong, t. I, página 397, núm. 1368. En sentido contrario, Rodière y Pont, t. III, pág. 634, núm. 2159.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

ración es fraudulenta, sólo tienen que dar una prueba, es que las formalidades legales no se han cumplido. Esto es verdad, por esto no hemos invocado las reglas de la acción pauliana; pero siempre es verdad decir que la acción de los acreedores está fundada en un perjuicio; si la fecha de sus créditos prueba que no pueden estar perjudicados por la ejecución tardía, no tienen el derecho de promover.

261. ¿Tiene el marido el derecho de oponer la nulidad de la separación de bienes resultante de la falta de ejecución ó de la ejecución tardía? Deben distinguirse las relaciones entre los esposos; sus relaciones con los terceros. Se admite bastante generalmente que el marido puede oponer á su mujer la nulidad de la separación. El art. 869 le da terminantemente este derecho cuando la nulidad está fundada en la inobservancia de las formas prescriptas para la publicidad de la demanda y de la sentencia; el Código de Procedimientos pone al marido en la misma línea que los acreedores. ¿Puede esta asimilación ser extendida á la nulidad del art. 1,444? El Código Civil no dice que pueda promover la nulidad. Deben, pues, aplicarse los principios generales de derecho. ¿El art. 1,444 entiende resguardar sólo á los intereses de los acreedores del marido? Todos los que están interesados en combatir la separación tienen el derecho de promover la nulidad, luego tanto el marido como los acreedores. Se dice en vano que el marido no se puede prevalecer de la presunción de colusión fraudulenta para atacar la separación; contestamos que la acción de nulidad del art. 1,444 no es la acción pauliana, se funda únicamente en la inobservancia de las formas. El marido interesado en mantener la comunidad puede, pues, oponer á la mujer que la comunidad subsiste, puesto que no ha sido legalmente disuelta. (1)

1 Aubry y Rau, t. V, pág. 399 y nota 37 y los autores que citan. Debe agregarse Colmet de Santerre, t. VI, pág. 240, núm. 92 *bis* VIII. En sentido contrario, Dutruc, *De la separación de bienes*, pág. 173, núm. 227. Véase la jurisprudencia en el *Repertorio* de Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núms. 1851 y 1852.

262. La cuestión es más dudosa en lo que concierne á la mujer. Lo que lo prueba es que buenos autores han cambiado de opinión: Aubry y Rau, después de haber enseñado que la mujer no puede prevalecerse de la nulidad para con su marido, se han adherido á la opinión contraria en la última edición de su excelente obra. Preferimos su opinión primera. La resolución de la cuestión depende del carácter de la nulidad. Cuando una nulidad es de orden público, todos los que tienen interés en promover lo pueden hacer; la ley provoca, por decirlo así, á todas las personas interesadas á atacar el acta, porque el interés de la sociedad exige que el acta se anule; no se distingue, en este caso, entre las partes y los terceros; no se distingue entre el que tiene la culpa y el que no la tiene. No sucede así cuando la nulidad no es de orden público: siendo privado el interés, debe verse en favor de quién fué introducida; sólo éstos pueden promover. (1) Y ¿cuál es el carácter de la nulidad del art. 1,444? Hemos contestado á la cuestión enseñando, con la doctrina y la jurisprudencia, que no es de orden público (núm. 259); desde luego debe decidirse que la mujer no tiene calidad para prevalecerse de la nulidad, pues no es seguramente por interés suyo por lo que ha sido introducida. Lo que ha comprometido esta opinión son las malas razones que se han dado para justificarla. La mujer no puede oponer la nulidad, se dice, porque proviene de su hecho, y la mujer no puede apoyarse en su negligencia. (2) Estos no son motivos para decidir. Si la nulidad fuera de orden público se debiera permitir á la mujer oponerla aunque estuviera en falta.

Las razones que alegan en apoyo de la opinión contraria

1 Véase el tomo I de estos *Principios*, pág. 107, núm. 72.
2 Odier, t. I, pág. 387, núm. 362. Toullier, t. V, pág. 132.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

nos parecen igualmente de extrema debilidad. Se dice que debe haber igualdad entre los esposos; que pudiendo el marido prevalecerse de la nulidad para con la mujer, la mujer debe tener el mismo derecho para con su marido. ¿Por qué esta igualdad cuando la situación no es la misma? Se olvida que la mujer pide la separación contra el marido; es, pues, natural que el marido tenga el derecho de mantener la comunidad, mientras que no se comprende que la mujer venga á oponer la nulidad de una separación por ella promovida. Se objeta también que el mantenimiento ó la disolución de la comunidad dependerán del capricho del marido, cuando importa que se fije y que se sepa si hay comunidad ó separación de bienes. Contestamos que esta incertidumbre reina siempre cuando un acto está sujeto á la nulidad, por todo el tiempo en que ésta no está pronunciada. Aquellos que tienen derecho para promover, pueden hacerlo durante todo el tiempo que la ley les concede; no se dirá por esto que la anulación depende de su capricho, pues el ejercicio de un derecho no es un capricho. (1) Agregaremos que, en el caso, no reinará la incertidumbre mucho tiempo de hecho, pues ésta puede ser cubierta. Lo será por el concurso del marido á los actos de ejecución de la sentencia ó á los actos que la mujer hace en calidad de mujer separada (núm. 259).

263. ¿Pueden los esposos oponer la nulidad á los terceros? En nuestra opinión la mujer no puede prevalerse de la nulidad para con los terceros como no lo puede para con su marido; hay una razón más para rechazar á la mujer, es que las formas cuya inobservancia trae la nulidad, han sido introducidas en interés de los terceros; sólo ellos pueden, pues, en principio, prevalerse de la nulidad. En cuanto al marido, si se le reconoce el derecho de oponer la nulidad,

1 Aubry y Rau, t. V, pág. 299, nota 38, pfo. 516. Troplong, t. I, pág. 398, núm. 1373. Colmet de Santerre, t. VI, pág. 291, núm. 92 *bis* IX.

hay que concedérsela para con todos; la ley y los principios no permiten hacer distinciones.

La cuestión está muy controvertida. Cada autor tiene su sistema. Unos niegan en todos los casos á ambos esposos el derecho de oponer la nulidad á los terceros. Invocan el principio de que nadie puede hacerse un título con su fraude; y, se dice, cuando la sentencia de separación no ha sido ejecutada, hay necesariamente fraude por parte de los esposos. (1) Esto es demasiado absoluto; la nulidad no está fundada en el fraude, está fundada únicamente en la inobservancia de las formalidades prescriptas por la ley. Otros autores distinguen. Los editores de Zachariæ permiten al marido invocar la nulidad contra los terceros que hubiesen tratado con la mujer como separada de bienes; niegan este derecho á la mujer, aunque le reconocen el derecho de oponer la nulidad al marido. Troplong hace otra distinción. (2) Creemos inútil entrar en la discusión de todas estas opiniones; el principio que hemos sentado, si se le admite, basta para refutarlas.

De hecho, la nulidad será cubierta las más veces. Tomaremos algunos ejemplos en la jurisprudencia. Una sentencia de la Corte de Grenoble niega á la mujer el derecho de oponer la nulidad del art. 1,444, puesto que ella es quien debe ejecutar la sentencia y que no puede prevalerse de su negligencia. Después la Corte agrega que la mujer, en el caso, había siempre tomado la calidad de mujer libre en sus bienes desde la sentencia que había pronunciado la separación; estos actos habían sucedido en presencia y con consentimiento de su marido; esto era una ejecución de la sentencia y, por consiguiente, ambos esposos habían renunciado, ejecutando la separación al derecho que pudieran tener en atacarla. (3)

1 Rodière y Pont, t. III, pág. 635, núm. 2159.
2 Aubry y Rau, t. V, pág. 399 y nota 39, pfo. 516. Troplong, t. I, núm. 1375.
3 Grenoble, 8 de Abril de 1835 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 1856.

Hay una sentencia en el mismo sentido de la Corte de Colmar. Los esposos invocaban la nulidad de la separación contra un tercero á quien la mujer había cedido el mobiliar recogido por ella en una sucesión de su hermana. Esta venta era válida suponiendo que la mujer fuese realmente separada de bienes; ésta pretendía, de concierto con su marido, que la separación era nula como no habiendo sido ejecutada conforme al art. 1,444. La Corte contesta que la nulidad no es de orden público, que sólo está introducida en favor de los acreedores que no concurren á la liquidación; la Corte parece, pues, rehusar al marido tanto como á la mujer el derecho de prevalerse de la nulidad contra los terceros. Pero dice la sentencia que en todos los casos la nulidad puede ser cubierta, sea por los acreedores, sea por los esposos; y los esposos habían procedido á la liquidación de la comunidad después de la expiración del plazo legal; habían por esto renunciado al derecho de oponer la nulidad de la separación, pues no se ejecuta un acto que se quiere atacar. (1)

§ IV.—De los derechos de los acreedores del marido.

264. "Los acreedores del marido pueden intervenir en la instancia de la demanda de separación para contestarla" (artículo 1,447). ¿Por qué da la ley á los acreedores el derecho de intervenir? Se contesta que el art. 1,447 es la aplicación del art. 1,166: los acreedores ejercen los derechos del marido interviniendo en la instancia para completar la defensa que opone á la demanda de la mujer. (2) Esto no es enteramente exacto. Cuando los acreedores ejercen los derechos de su deudor, se supone que el mismo deudor no los ejerce. Y cuando la mujer pide la separación contra el marido, éste se encuentra necesariamente en causa, y tiene el mayor interés en defenderse; desde luego, la presencia de los acreedores sería inútil si se supone que el marido se defiende de buena fe. Pero el marido puede estar de acuerdo con su mujer para hacer una separación simulada y fraudulenta; es para vigilar que la separación no se haga en fraude de sus derechos por lo que intervienen los acreedores. El mismo texto del Código indica que tal es la suerte del legislador; el art. 1,447 comienza por dar á los acreedores del marido el derecho de atacar la separación de bienes pronunciada en fraude de sus derechos; después agrega que los acreedores aun pueden intervenir en la instancia; su intervención tiene, pues, por objeto impedir una separación fraudulenta; mejor es evitar el fraude que tener que atacarlo cuando está consumado. Es por motivos análogos por lo que la ley da á los acreedores el derecho de intervenir en la partición (art. 882).

265. Cuando los acreedores intervienen, son partes en la causa y con este título pueden interponer apelación. Ha sido sentenciado que tienen este derecho aunque no hayan intervenido. (1) En este caso obran en virtud del art. 1,166, ejerciendo el derecho de su deudor. Esta disposición es general, sólo tiene excepción para los derechos exclusivamente ligados á la persona del deudor; y la facultad de interponer apelación no es uno de esos derechos morales que sólo el deudor puede ejercer; es un derecho esencialmente pecuniario y en el caso es una garantía que deben tener los acreedores para que puedan defender sus intereses en justicia, con el fin de evitar una separación fraudulenta; es mejor evitar el fraude por la apelación, que tener que combatirlo por una nueva acción.

1 Colmar, 8 de Agosto de 1820 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 1988).
2 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 250, núm. 96 *bis*.

1 Poitiérs, 6 de Julio de 1824 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 1903.

Núm. 3. Derechos de los acreedores en caso de inobservancia de las formas legales.

272. El art. 873 dice que la acción de los acreedores se limita á un año cuando las formas prescriptas por la ley han sido observadas. Esto implica que los acreedores del marido tienen también otra acción fundada en la inobservancia de las formas legales. El Código de Procedimientos lo dice; después de haber descrito las formalidades que la mujer debe observar para dar publicidad á la sentencia, el artículo 869 agrega que estas formalidades serán observadas bajo pena de nulidad, la cual podrá ser opuesta por el marido ó por sus acreedores. El art. 869 no habla de las formalidades relativas á la publicidad de la demanda. El Código Civil había ya pronunciado la nulidad para la inobservancia de las formalidades prescriptas para la publicidad de la sentencia. No dice quién puede prevalecerse de la nulidad; la cosa no es dudosa, puesto que es, sobre todo, por interés de los acreedores del marido por lo que debe cumplirse con ellas.

273. ¿Cuál es la duración de esta acción? El art. 873 del Código de Procedimientos contesta implícitamente á la pregunta. Limita los derechos de los acreedores sólo cuando las formalidades han sido observadas; es decir, cuando la acción está fundada en el fraude. Cuando el acto es atacado por inobservancia de las formalidades, no se está en el caso de la excepción; luego se entra bajo el imperio del derecho común, es decir, la prescripción de treinta años. La cuestión está sin embargo controvertida. (1) Fué sentenciado que si la separación de bienes no ha sido ejecutada, es nula en este sentido, que se la considera como no habiendo existido nunca. Esto sería, pues, un acta inexistente de la

1 Oller, t. I, pág. 390, núm. 363; Troplong, t. I, pág. 406, núm. 1400; Rodière y Pont, t. III, pág. 638, núm. 2163; Aubry y Rau, t. V, pág. 395, nota 23, pfo. 516.

que no há lugar á pronunciar la nulidad, pues no se pide la nulidad de la nada. (1) Esto sería decisivo si realmente la separación fuera inexistente. Se necesitaría para esto que la ejecución de la separación fuera un acta solemne; y aunque la ejecución voluntaria debía ser auténticamente comprobada, no se puede considerar la autenticidad de una acta como una solemnidad que arrastre la inexistencia de la separación; las formalidades que producen este efecto son las que conciernen la expresión del consentimiento, mientras que las del art. 1,444 sólo están prescriptas para impedir el fraude. Resulta que la separación, aunque nula, tiene una existencia legal. Así, la jurisprudencia admite que la nulidad puede cubrirse (núm. 263), lo que no se pudiera hacer si la separación fuera inexistente. Siendo la separación solamente nula, se necesita una acción de nulidad, y cualquiera acción prescribe en los treinta años. (2)

§ V.—Efectos de la separacion de bienes.

Núm. 1. Disolución de la comunidad.

274. La separación de bienes disuelve la comunidad así como la separación de cuerpos que importa siempre separación de bienes (arts. 311 y 1,446). Cuando la comunidad está disuelta la mujer tiene la facultad de aceptarla ó de renunciarla (art. 1,453). La mujer separada de bienes ¿tiene la misma opción? Ni siquiera se haría esta pregunta si un tribuno no hubiera sostenido ante el cuerpo legislativo que la mujer debe necesariamente renunciar. (3)

1 Bourges, 15 de Febrero de 1823 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 1897). En el mismo sentido, Rodière y Pont, t. III, pág. 637, número 2162, que citan una sentencia de la Corte de Casación: Denegada, 15 de Enero de 1843 (Dalloz, *ibid.*, núm. 1897). La sentencia no dice lo que se le hace decir.

2 Aubry y Rau, t. V, pág. 400, nota 61, pfo. 516 (4ª edición).

3 Toullier critica el error de Mouricault con alguna acritud; no gusta de los tribunos (t. VIII, 1).

Esto es uno de esos errores bastante frecuentes que se encuentran en los trabajos llamados preparatorios; si lo señalamos no es para despreciar estos trabajos, y particularmente los informes y discursos de los miembros del Tribunado. Los hay muy notables; los de Chabot acerca de las sucesiones son muy notables, y los de Duveyrier acerca del contrato de matrimonio, así como los de Jaubert acerca de las obligaciones, siempre se consultarán con fruto. Pero los autores modernos han abusado de la discusión del Código Civil para hacer decir á la ley lo que, en su opinión, la ley quiere decir y que amenudo no dice ésta. Hay que desconfiar de este género de argumentos como los que se toman en la tradición; se halla en ellos casi todo cuanto se quiere. Nuestra ciencia requiere una argumentación más seria. Por esto es que es bueno criticar los errores de aquellos que han tenido participación en la discusión del Código Civil. Nosotros no admitimos otra autoridad que la del texto del Código y de los principios.

Pothier dice que la mujer que obtuvo la separación de bienes renuncia ordinariamente la comunidad porque ésta es mala, se limita entonces á ejercer sus devoluciones. En el derecho antiguo se contestaba á la mujer separada el derecho de aceptar; es, sin duda, el recuerdo de esta controversia lo que ha equivocado al tribuno Mouricault. Pero Lebrún ha hecho notar que la demanda de separación de bienes no prueba necesariamente que la comunidad sea mala; la mujer puede, pues, tener interés en aceptarla, aunque fuera para resguardar algún resto de su dote; y desde que hay interés su derecho no puede ser contestado. Esta es la opinión de Pothier y de todos los autores modernos. (1)

275. Que la mujer separada de bienes acepte ó renuncie, siempre se le aplica el derecho común en lo que se refiere á

1 Pothier, *De la comunidad*, núms. 519 y 520. Rodière y Pont, t. II, página 313, núm. 1038. Colmet de Santerre, t. VI, pág. 269, núm. 105 *bis* III.

su dote ó á sus devoluciones. Cuando renuncia, su dote mueble se pierde, sólo le quedan sus propios y las compensaciones á las que puede tener derecho. Si acepta, tomará la mitad de la comunidad y estará obligada á las deudas de la misma hasta concurrencia de su emolumento si tiene el cuidado de hacer inventario.

El art. 1,452, bastante mal redactado, parece hacer una excepción al derecho común, mientras que realmente sólo lo aplica. Dice: «La disolución de la comunidad operada por el divorcio ó por la separación de bienes y de cuerpos, ó sólo por la separación de bienes, no da entrada á los derechos de supervivencia de la mujer, pero ésta conserva la facultad de ejercerlos cuando su marido muere.» Un derecho de supervivencia es un derecho condicional, como lo dice la misma palabra; la mujer sólo puede ejercerlo si sobrevive, y cuando se disuelve la comunidad por una causa otra que la muerte, no se sabe quién sobrevivirá; puede tratarse de ejercer un derecho condicional antes que se cumpla la condición. No es esto un principio especial á la mujer, puesto que es una consecuencia de la naturaleza del derecho. Hay que aplicar al marido lo que el art. 1,452 dice de la mujer. Si la ley nada dice del marido, es probablemente porque en el capítulo de la *Separación de Bienes* sólo se trata de los derechos de la mujer.

276. La ley hubiera debido conceder garantías á la mujer separada para sus derechos de supervivencia, como lo hace cuando la mujer tiene derecho á un tanto convencional en caso de supervivencia y que la comunidad llega á disolverse por el divorcio ó la separación de cuerpos. Volveremos á hablar acerca del art. 1,518 que está igualmente incompleto. En el caso de la separación de bienes la ley no contiene ninguna diposición particular; se permanece, por consiguiente, bajo el imperio del derecho común. La mujer tiene un derecho condicional, y cualquier acreedor condi-

cional puede hacer los actos conservatorios de sus derechos. (1) Transladamos al título de las *Obligaciones* por lo que toca á las actas que el acreedor está autorizado á hacer. Se enseña que la mujer que renuncia á la comunidad puede exigir de su marido una caución para la restitución de sus derechos de supervivencia. Esto no nos parece dudoso. Es verdad que el art. 1,518 da este derecho á la mujer que obtuvo el divorcio ó la separación de cuerpos cuando el contrato de matrimonio estipula un tanto en su favor; pero esto es una disposición enteramente excepcional. El acreedor nunca puede exigir una caución, salvo el caso en el cual la ley le da este derecho; y el art. 1,518 no habla de la mujer separada de bienes: este silencio es decisivo. Se enseña también que la mujer puede ejercer su hipoteca legal en las órdenes abiertas en los bienes de su marido, por razón de donaciones entre vivos que éste le ha hecho en caso de supervivencia. (2) Esto también nos parece dudoso. Transladamos para el examen de la dificultad al título de las *Hipotecas*.

277. La incertidumbre en que se hallan los esposos en cuanto á su derecho de supervivencia y la ausencia de toda garantía para el caso en que sobrevivan, los conduce á transar. Se pregunta si la transacción es válida. La Corte de Casación distingue: cuando la transacción no implica convención en una sucesión futura es válida, mientras que es nula si contiene un pacto sucesorio.

El contrato de matrimonio concedía á la mujer una pensión vitalicia para el caso en que sobreviviera. Transó acerca de este derecho después de haber obtenido la separación de bienes. Los herederos del marido pretendieron que la transacción era nula por encerrar un pacto sucesorio. Fué muy bien sentenciado que, en el caso, no había ninguna convención acerca de una convención futura. Lo que hace equivocar á las personas extrañas á la ciencia del derecho es que el provecho de supervivencia se abre á la muerte del marido y se ejerce por sucesión, pero de esto no resulta que estos derechos hagan parte de la sucesión; en efecto, la mujer no lo ejerce como heredera sino como acreedora, en virtud de un contrato, y el acreedor puede transar en sus derechos eventuales. (1)

1 Rodière y Pont, t. III, pág. 675, núm. 2219.
2 Aubry y Rau, t. V, pág. 387, nota 20, pfo. 516, y los autores que citan.

Sucede de otro modo cuando el derecho de la mujer consiste en una donación de bienes por venir. Esto es lo que se llama una institución contractual; el mismo nombre prueba que se trata de un derecho hereditario. Poco importa que este derecho esté estipulado por contrato, pues no resulta de ello ningún derecho actual para el donatario, salvo la calidad de heredero; pero es heredero, y como tal, llamado á aceptar ó á renunciar; lo que prueba que su derecho no se abre sino á la muerte de su donante. Síguese de esto que aquel que transa en una institución contractual hace un pacto sucesorio: cambia un derecho, eventual en cuanto al emolumento hereditario, por un derecho actual; hé aquí un trato acerca de una sucesión futura. Luego la transacción es nula. (2)

Núm. 2. Contribución á los cargos.

278. "La mujer que obtuvo la separación de bienes debe contribuir, proporcionalmente á sus facultades y á las de su marido, tanto á los gastos de casa como á los de educación de los hijos comunes" (art. 1,448). En principio estos cargos pesan en ambos esposos. El art. 203 dice que "los esposos contratan juntos, por el solo hecho del matrimonio, la obligación de mantener y educar á sus hijos." Según el art. 212 se deben mutuos socorros y asistencia. El art. 214

1 Denegada, 22 de Febrero de 1831 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 3357).
2 Denegada, Sala Civil, 16 de Agosto de 1841 (Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 447).

cional puede hacer los actos conservatorios de sus derechos. (1) Transladamos al título de las *Obligaciones* por lo que toca á las actas que el acreedor está autorizado á hacer. Se enseña que la mujer que renuncia á la comunidad puede exigir de su marido una caución para la restitución de sus derechos de supervivencia. Esto no nos parece dudoso. Es verdad que el art. 1,518 da este derecho á la mujer que obtuvo el divorcio ó la separación de cuerpos cuando el contrato de matrimonio estipula un tanto en su favor; pero esto es una disposición enteramente excepcional. El acreedor nunca puede exigir una caución, salvo el caso en el cual la ley le da este derecho; y el art. 1,518 no habla de la mujer separada de bienes: este silencio es decisivo. Se enseña también que la mujer puede ejercer su hipoteca legal en las órdenes abiertas en los bienes de su marido, por razón de donaciones entre vivos que éste le ha hecho en caso de supervivencia. (2) Esto también nos parece dudoso. Transladamos para el examen de la dificultad al título de las *Hipotecas*.

277. La incertidumbre en que se hallan los esposos en cuanto á su derecho de supervivencia y la ausencia de toda garantía para el caso en que sobrevivan, los conduce á transar. Se pregunta si la transacción es válida. La Corte de Casación distingue: cuando la transacción no implica convención en una sucesión futura es válida, mientras que es nula si contiene un pacto sucesorio.

El contrato de matrimonio concedía á la mujer una pensión vitalicia para el caso en que sobreviviera. Transó acerca de este derecho después de haber obtenido la separación de bienes. Los herederos del marido pretendieron que la transacción era nula por encerrar un pacto sucesorio. Fué muy bien sentenciado que, en el caso, no había ninguna convención acerca de una convención futura. Lo que hace equivocar á las personas extrañas á la ciencia del derecho es que el provecho de supervivencia se abre á la muerte del marido y se ejerce por sucesión, pero de esto no resulta que estos derechos hagan parte de la sucesión; en efecto, la mujer no lo ejerce como heredera sino como acreedora, en virtud de un contrato, y el acreedor puede transar en sus derechos eventuales. (1)

1 Rodière y Pont, t. III, pág. 675, núm. 2219.
2 Aubry y Rau, t. V, pág. 387, nota 20, pfo. 516, y los autores que citan.

Sucede de otro modo cuando el derecho de la mujer consiste en una donación de bienes por venir. Esto es lo que se llama una institución contractual; el mismo nombre prueba que se trata de un derecho hereditario. Poco importa que este derecho esté estipulado por contrato, pues no resulta de ello ningún derecho actual para el donatario, salvo la calidad de heredero; pero es heredero, y como tal, llamado á aceptar ó á renunciar; lo que prueba que su derecho no se abre sino á la muerte de su donante. Síguese de esto que aquel que transa en una institución contractual hace un pacto sucesorio: cambia un derecho, eventual en cuanto al emolumento hereditario, por un derecho actual; hé aquí un trato acerca de una sucesión futura. Luego la transacción es nula. (2)

Núm. 2. Contribución á los cargos.

278. "La mujer que obtuvo la separación de bienes debe contribuir, proporcionalmente á sus facultades y á las de su marido, tanto á los gastos de casa como á los de educación de los hijos comunes" (art. 1,448). En principio estos cargos pesan en ambos esposos. El art. 203 dice que "los esposos contratan juntos, por el solo hecho del matrimonio, la obligación de mantener y educar á sus hijos." Según el art. 212 se deben mutuos socorros y asistencia. El art. 214

1 Denegada, 22 de Febrero de 1831 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 3357).
2 Denegada, Sala Civil, 16 de Agosto de 1841 (Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 447).

dice que el marido está obligado á ministrar á la mujer todo lo necesario para las necesidades de la vida, según sus facultades y su oficio. Estas disposiciones son generales y se aplican á todos los regímenes que determinan cómo concurren los esposos al cumplimiento de las obligaciones que la ley les impone; es decir, en qué medida soportan los cargos que resultan del matrimonio. Ordinariamente el marido goza de los bienes que su mujer le trae en dote; es por su dote, cuyo goce abandona á su marido, como la mujer contribuye á los cargos del matrimonio (art. 1,540). Así sucede bajo los regímenes de la comunidad, el de exclusión de la comunidad y bajo el régimen dotal. Cuando los esposos están separados de bienes la mujer tiene el goce de sus bienes. Fué, pues, necesario determinar cómo debe contribuir á los cargos del matrimonio. La ley distingue que bajo el régimen de separación contractual la mujer contribuye á los gastos hasta concurrencia de la tercera parte de sus rentas si los esposos no han fijado ellos mismos otra proporción en sus convenciones matrimoniales. Cuando la separación es judicial la ley no establece proporción fija, porque ordinariamente el marido está sin fortuna, por razón del desorden de sus negocios. La ley pone como principio que los esposos contribuyen en proporción á sus bienes. Al juez toca determinar esta proporción. La decisión del juez no es fija ni irrevocable, como lo son ordinariamente las sentencias. En efecto, queriendo la ley una igualdad proporcional, esta proporción debe cambiar según la fortuna de los esposos; los negocios del marido pueden restablecerse, la base de la proporción cambia entonces y debe igualmente cambiar la proporción. (1)

El art. 1,448 agrega que, si nada le queda al marido, la mujer debe soportar enteramente los gastos de casa y los

1 Rodière y Pont, t. III, pág 652, núms. 2181 y 2182. París, 4 de Abril de 1835 (Dallez, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 1949).

gastos de educación. Esta es una consecuencia de los principios que la ley sienta en el título *Del Matrimonio;* acabamos de recordarlo. Los gastos de educación pesan igualmente en ambos esposos, y el deber de asistencia les incumbe á ambos; si uno de ellos nada posee, la carga recae en el otro por entero. Así sucede bajo el régimen de la comunidad, cuando la mujer no tiene dote ni profesión: el marido soporta solo el cargo. Asímismo la mujer lo debe soportar cuando nada le queda al marido después de la disolución de la comunidad, á reserva de que la mujer pida que contribuya el marido si vuelve á tener mejor fortuna.

279. La aplicación de estos principios ha dado lugar á contestaciones. Hemos dicho en otro lugar que la doctrina y la jurisprudencia consideran la obligación alimenticia, ya sea como solidaria, ya sea como indivisible; según el texto y los principios debe decirse que no es solidaria ni indivisible; sólo que puede incumbir por entero á uno de los deudores si el otro no tiene bienes. Esto es lo que dice el artículo 1,448. Diciendo que la mujer debe soportar sola los gastos de la casa y de educación, la ley habla del porvenir, puesto que se trata de la mujer que obtuvo la separación de bienes. Mientras dura la comunidad la mujer contribuye á los cargos con su dote, el marido sólo está obligado á los gastos para con los acreedores. Ha sucedido que la pensión de los hijos no haya sido pagada cuando la disolución del matrimonio; hallándose el marido insolvente el acreedor ha perseguido á la mujer, los tribunales han condenado á la madre. Nada hay más justo bajo el punto de vista de la equidad, pero la decisión es muy discutible en el terreno del derecho. La Corte de Agén comienza por decir que la obligación de los padres de pagar los gastos de manutención y educación de sus hijos es de derecho natural, anterior y superior á todas las legislaciones. Esto es verdad en teoría, ¡pero el derecho natural dará acción al acreedor contra el

deudor? Sí cuando la ley ha sancionado el deber que impone la naturaleza. Nó si es una obligación puramente natural. La Corte agrega que esta obligación es solidaria. Esto es un error, puesto que sólo hay solidaridad en virtud de la ley ó de las convenciones y, en el caso, no hay convención ni ley. El art. 203, que la Corte de Agén cita, sólo establece un principio: la aplicación de dicho principio se deja á los diversos regímenes y varía según las convenciones matrimoniales. La Corte confiesa que durante la comunidad el marido es quien debe llenar la obligación que el art. 203 impone á ambos esposos: cualquiera sea el desorden de sus negocios aunque fuere insolvente, el acreedor de los gastos de educación no tendría ninguna acción contra la mujer, y á la disolución de la comunidad no tiene acción contra ella sino como mujer común en bienes; es decir, por mitad si acepta, y si renuncia queda sin acción alguna. Sin embargo, la Corte decide, fundándose en la pretendida solidaridad, que la mujer podrá ser demandada por el todo en razón de la deuda contraída durante la comunidad. (1) ¿Cómo tendría acción el acreedor contra la mujer cuando ésta no se ha obligado personalmente? Y si no hay acción durante la comunidad ¿cómo podrá promover contra ella después de disuelta la comunidad? Que se piense en las consecuencias del principio invocado por la Corte. Los gastos de casa son igualmente una deuda natural; los alimentos de los esposos son tan favorables como los alimentos de los niños. Los acreedores de la comunidad podrían, pues, reclamar contra la mujer el pago íntegro de lo que se les debe por gastos de casa, pues todos estos gastos se relacionan con los alimentos. De manera que, en definitiva, la mujer separada de bienes estaría obligada á pagar en gran parte las deudas de la comunidad, aun cuando la hubiere renunciado. Hay que ha-

1 Agén, 18 de Junio de 1851 (Dalloz, 1851, 2, 228). En el mismo sentido, Agén, 13 de Julio de 1849 (Dalloz, 1849, 2, 168).

cer á un lado el derecho natural y atenerse á la ley positiva y á los principios que ella consagra; por muy favorables que sean los créditos de los gastos de educación el acreedor no puede tener acción sino contra aquel que contrajo la deuda; luego contra el marido, jefe de la comunidad, y contra la mujer en su calidad de común en bienes.

280. La mujer debe soportar enteramente los gastos de casa y de educación si nada le queda al marido. ¿Tendría derecho por este punto á una indemnización si los negocios del marido se restauran? Fué sentenciado que la mujer no puede pedir ninguna compensación. (1) Creemos que la decisión está fundada en los verdaderos principios. Al pagar los gastos por el todo la mujer ha pagado su deuda, puesto que está obligada á ello en virtud del art. 1,448, y aquel que paga lo que debe no puede seguramente reclamar una indemnización por haber pagado lo que debía. Se objeta el art. 203. Si este artículo estableciera el principio de la solidaridad entre esposos independientemente del régimen matrimonial adoptado, la mujer debiera tener un recurso contra su marido, codeudor suyo. En nuestro concepto, no hay solidaridad y la cuestión debe ser decidida para los alimentos de los hijos como para los de los esposos, no en virtud de los arts. 203 y 212, pero según los principios que rigen los diversos regímenes. Y bajo el régimen de separación judicial la parte contributiva de la mujer está fijada por el art. 1,448; contribuye á los gastos según su fortuna y la de su marido, y si el marido no tiene nada ella los soporta enteramente. Paga, pues, su deuda y no la de su marido, puesto que éste nada tiene. Que si restablece sus negocios la mujer puede pedir que contribuya según sus bienes; pero esta contribución nosera obligatoria para el marido, sólo para las deudas por venir y no para las pasadas;

1 Riom, 20 de Julio de 1853 [Dalloz, 1855, 358].

para éstas el marido no es deudor, luego no debe contribuir á ellas. (1)

281. ¿Debe la mujer entregar al marido la suma á la que llega su parte contributiva en los gastos de casa? La afirmativa no es dudosa. Aunque la comunidad esté disuelta el matrimonio subsiste; hay, pues, una sociedad conyugal de la que es jefe el marido. ¿Se dirá que esta sociedad es extraña á los bienes, puesto que la comunidad está disuelta? Es verdad que ya no hay bienes comunes, pero siempre quedan gastos comunes en el sentido de que se hacen por interés de ambos esposos y de sus hijos. ¿Quién hace los gastos? ¿Quién contrae con los terceros? ¿Es el marido, la mujer, ó son ambos esposos separados de bienes, cada uno por su parte contributiva? La ley responde á estas preguntas. Según el art. 214, la mujer debe habitar con su marido; el domicilio conyugal es el del marido, ahí es donde debe recibir á su mujer y ministrarle todo lo que necesita; el marido es, pues, el jefe bajo cualquier régimen en lo que toca á los gastos de casa. También él es quien dirige la educación de los niños; es verdad que los hijos están sometidos á la autoridad paterna y materna, pero el padre sólo ejerce esta autoridad durante el matrimonio (arts. 472 y 473). Estas disposiciones rigen á la situación de ambos esposos, independientemente de cualquier régimen acerca de sus bienes; el marido es el jefe de la familia, él la representa; él quien provee á sus necesidades y determina los gastos y contrae las obligaciones para con los terceros; cuando la mujer obra, es en calidad de mandatario, no se obliga personalmente, obliga á su marido. Para ayudar á su marido á soportar los cargos del matrimonio, la mujer le lleva una dote; ésta varía según los diversos regímenes, pero bajo cualquiera de ellos el marido recibe lo que la mujer lleva á título de dote; y

1 Rodière y Pont, t. III, pág. 672, núm. 2213. Aubry y Rau, t. V, pág. 404, nota 62, pfo. 516.

dispone de ello sea de la propiedad de las cosas muebles bajo el régimen de la comunidad, sea de las rentas bajo el régimen exclusivo de la comunidad y el régimen dotal. En caso de separación de bienes hay también una dote en el sentido lato de esta palabra, pues la mujer trae á su marido su parte contributiva en los gastos. Esta suma anual debe ponerse á disposición del marido. Es seguro que así es bajo el régimen de la separación contractual; debe ser lo mismo cuando hay separación judicial; los principios establecidos en el título del *Matrimonio* así lo quieren.

La jurisprudencia y la doctrina están en este sentido. Merlín ha establecido los principios en el negocio Montmorency. Una sentencia de Châtelet de París pronunció la separación de bienes del Duque y de la Duquesa de Montmorency. El Duque emigró, después volvió á Francia y se hospedó en el hotel de su mujer, en donde fué alojado y alimentado á expensas de la Duquesa, dirigiendo ésta la casa. En 1806 el Duque pidió que el tribunal fijase la suma á que montaba la parte contributiva de su mujer en los gastos de casa, cuya dirección pretendía el Duque volver á tomar. La Duquesa contestó que desde hacía veinticinco años ella era quien hacía los gastos y los pagaba; que proveía á las necesidades de su marido; que nada pedía á éste, y que, por su parte, éste debía pedirle menos aún. El Tribunal del Sena y la Corte de París rechazaron la demanda del Duque. Recurso de Casación. Merlín pronunció una de sus magníficas requisitorias. Tomando apoyo en los textos del Código, prueba que el marido es el *jefe* de la sociedad conyugal; que él es quien recibe á la mujer en su casa, y no la mujer la que recibe en ella al marido. Amo en su casa mientras dura la comunidad, el marido conserva su autoridad después de disuelta la comunidad. ¿Qué importa que la mujer vuelva á tomar la administración de sus bienes personales? No se trata de esta administración, se trata de saber quién tiene derecho de

mandar en la casa conyugal. La separación de bienes no trae ningún cambio en el matrimonio ni en el poder marital, excepto en lo que concierne á los actos de administración que la mujer puede hacer sin autorización de su marido. Esta única excepción confirma la regla: el marido queda lo que era: jefe; él es, pues, quien tiene la dirección de la casa; es en sus manos en las que debe entregar la mujer su parte contributiva. Tal era el derecho antiguo que Merlín gusta de citar. Tal es también el derecho moderno. Lo hemos probado reasumiendo la luminosa demostración de Merlín. La Sala de Requisiciones admitió el recurso, y no dudamos que la Sala Civil hubiese casado la sentencia de París si el divorcio obtenido por la Duquesa de Montmorency no hubiese terminado el debate. (1) Hay una muy buena sentencia de la Corte de Nancy en este sentido (2) y no hay que decir que la doctrina esta acorde con la jurisprudencia.

282. Pero la doctrina y la jurisprudencia han aflojado en la aplicación del principio. Hay una objeción contra la opinión de Merlín. De ordinario, cuando está pronunciada la separación de bienes el desorden de los negocios del marido proviene de una conducta desordenada ó de costumbres de disipación. ¿Qué sucederá con la contribución de la mujer en manos del marido disipador y calavera? ¿No debe preveerse que hará un uso tan malo de la pensión anual de la mujer, como de la dote, y que, por consiguiente, el objeto de la separación no se alcanzará? La Corte de Nancy dice que no hay otro remedio al mal que la separación de cuerpos, que la mujer podrá pedir si el marido la deja faltar de lo necesario. El derecho de pedir la separación de cuerpos ó el divorcio por este punto es muy dudoso; disipar los bienes de la mujer no es una injuria grave que forme causa determinante de divorcio y autorice la separación de cuerpos. El mal proviene de una mala gestión y la ley hubiera debido remediarlo reglamentando la administración. No lo hizo. Los tribunales han ensayado llenar el vacío. ¿Tienen este derecho?

1 Merlín, *Repertorio*, en la palabra *Separación de bienes*, sec. II, pfo. V, número 8 [t. XXX, pág. 394].

2 Nancy, 28 de Enero de 1841 [Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 1950].

Sólo hay un medio de impedir que el marido derroche las sumas que la mujer debe entregarle por su parte en los gastos: no entregarle el dinero, autorizando á la mujer para que pague directamente á los proveedores. Los autores reconocen este derecho á los tribunales, (1) y los tribunales lo usan. (2) Merlín ha probado que esto es derogar el poder marital dando la dirección de la casa á la mujer, cuando la ley quiere que el marido sea el jefe. La cuestión está, pues, en saber si los tribunales pueden despojar al marido, en todo ó en parte, del poder que le da la ley. En nuestro concepto, la negativa es segura. El poder marital es de orden público; los tribunales no tienen el derecho de quitárselo al marido; no tienen tampoco el derecho de disminuirlo ni estorbarlo. No hay nada más débil que lo que dicen los autores en apoyo de la opinión general. Troplong ni siquiera ve el verdadero objeto de la dificultad. «El *interés* de la mujer, dice, y el *interés* de los hijos exigen que la mujer sea dispensadora de su parte contributiva. Esto está aun en el *interés* del marido, y los tribunales deben prestarse á esta templanza si no quieren que la separación no alcance todos sus efectos.» (3) Hé aquí razones excelentes para motivar una ley; ¿pero dónde está la ley? Al legislador pertenece consultar el interés de los hombres; el juez no decide acerca de estos *intereses*, sólo tiene una cosa que considerar: ¿cuál es el derecho? Odier cita el art. 1,449, que devuelve á la mujer la libre administración de sus bie-

1 Aubry y Rau, t. V, pág. 405 y nota 165, pfo. 516. Colmet de Santerre, tomo VI, pág. 152, núm. 99 *bis* III.

2 Caen, 8 de Abril de 1851 (Dalloz, 1852, 2, 127). Compárese Denegada, 6 de Mayo de 1835 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 1954).

3 Troplong, t. I, pág. 416, núm. 1435.

nes. (1) Esto es confundir dos órdenes de ideas enteramente distintas: al obligar á la mujer á entregar al marido su parte contributiva, no se le quita su poder de administración, ella es quien administra sus bienes y percibe sus rentas; pero de estas rentas toma una suma que debe entregar á su marido. El es quien después dispondrá de ella para soportar los cargos del matrimonio; obrará como jefe y no como administrador legal de los bienes de la mujer.

Hay una sentencia de la Corte de Riom en el sentido de nuestra opinión. El primer juez había autorizado á la mujer para pagar directamente una parte de los gastos hasta concurrencia de su parte contributiva. Esta decisión fué reformada en apelación. La Corte pone en principio que la parte contributiva debe reunirse á las rentas del marido para que él provea, como jefe de la asociación conyugal, á las necesidades comunes. «Permitir á la mujer pagar por sí una parte de sus gastos no sólo sería destruir el conjunto de la dirección, traer luchas continuas entre marido y mujer, sino que se destruiría el orden establecido por la ley y se transportaría en la persona de la mujer la autoridad marital, fundamento de la autoridad conyugal, autoridad que, apesar de la separación de bienes, reside intacta en la persona del marido.» (2) Estos son los verdaderos principios, tales como los estableció Merlín; el legislador sólo pudiera cambiarlos.

283. Los maridos, por su lado, han tratado de substraerse á la ley. En virtud del art. 1,449 la mujer vuelve á tomar la libre administración de sus bienes, pero el art. 1,448 quiere que contribuya á los cargos del matrimonio; ¿no implica esta contribución que el marido tiene el poder de administrar cuando menos los bienes que procuran las rentas destinadas á los cargos del matrimonio? Estas pretensiones

1 Odier, t. I, pág. 375, núm. 401.
2 Riom, 16 de Febrero de 1853 (Dalloz, 1854, 5, 685, núm. 2).

tenían aún menos fundamento que los de la mujer; la jurisprudencia y la doctrina las han rechazado. La ley dice en términos absolutos que la mujer vuelve á tomar la libre administración de sus bienes, luego de todos sus bienes sin excepción. El art. 1,448 no deroga al art. 1,449; sólo somete á la mujer á una contribución; es decir, á entregar á su marido la suma fijada por el juez; la mujer toma esta pensión de sus rentas, lo que no la impide administrar libremente su patrimonio. (1)

No pudiendo los maridos quitar á la mujer la administración de los bienes que la ley le concede, han pretendido que la mujer les debía una garantía para el pago de su parte contributiva. Hay una respuesta perentoria que hacerles, es que las garantías deben ser estipuladas por las partes interesadas ó establecidas por la ley; y no hay ley ni convención que obliguen á la mujer á dar garantía á su marido, lo que es decisivo. La Corte de París lo sentenció así agregando, sin embargo, una reserva: es que, en el caso, la mujer no había tratado de substraerse á la obligación que la ley le impone. (2) Esto supone que si la mujer faltase á sus obligaciones el marido podría exigir garantías; debe decidirse, al contrario y sin hesitar, que el marido nunca tiene el derecho de exigir una garantía; tiene los derechos de un acreedor, el de promover contra el deudor y embargar sus bienes: la ley no le da otro derecho. (3)

284. ¿Cuáles son las relaciones de los esposos con los terceros en lo que se relaciona á los gastos de casa y de educación? La cuestión está en saber si la mujer está obligada personalmente para con los acreedores. Nos parece que la negativa resulta del texto de la ley y de los principios. El

1 Burdeos, 27 de Abril de 1831 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 1956). Aubry y Rau, t. V, pág. 405, pfo. 516.
2 Poitiérs, 17 de Febrero de 1842 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 1955).
3 Rodière y Pont, t. III, pág. 655, núm. 2186. Aubry y Rau, t. V, página 405, nota 64, pfo. 516.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

art. 1,448 dice que la mujer debe *contribuir;* esta expresión supone que se trata de las relaciones de los esposos entre sí, y no de una liga para con los terceros. En efecto, como acabamos de decirlo, la mujer debe entregar á su marido su parte contributiva; cuando tiene pagada esta suma pagó su deuda y, por consiguiente, no puede ser demandada por los acreedores, así como no lo pudiera ser bajo el régimen de la comunidad ó cualquier otro, cuando contribuye á los cargos del matrimonio mediante su dote ó los intereses de la dote. Y que no se objete el segundo inciso del art. 1,449 que dice que la mujer debe *soportar* enteramente estos gastos si nada le queda al marido. La obligación de la mujer no cambia de naturaleza según que soporta todos los gastos ó sólo una parte de ellos; consiste siempre en entregar al marido la suma con la que contribuye; por esto la ley no dice que la mujer esté *obligada* por todos los gastos para con los acreedores; dice que la mujer *soporta* todos los gastos, lo que significa que están á su cargo. Esto está en harmonía con los principios generales que rigen las relaciones de los esposos con los terceros acreedores. El marido es el jefe, como dice Merlín; él es quien debe ministrar lo necesario á su mujer y á sus hijos; él es, pues, quien debe contraer con los terceros; si no es él sino la mujer quien hace los gastos diarios ó contrae deudas con los proveedores, ella obra como mandataria del marido que está obligado. ¿Cambia en algo estas relaciones la separación de bienes? Nó, esto es imposible, pues los principios proceden del poder marital y de la subordinación de la mujer. La mujer separada vuelve á tomar la libre administración de sus bienes: tal es el único efecto que produce la separación judicial; permanece sometida al poder marital; luego no tiene ninguna calidad para tratar personalmente con los terceros, aunque ella sea quien soporte los gastos; ella es deudora de su marido y éste lo es de los terceros.

Nos extraña ver que estos principios elementales estén desconocidos por excelentes autores. Aubry y Rau enseñan que la mujer separada está *obligada personalmente* hacia los acreedores en los límites de su parte contributiva. De donde concluye que la mujer no puede rehusarse á satisfacerlos *bajo el pretexto* de que hubiese entregado al marido el monto de su parte contributiva. (1) Esta doctrina nos parece singular. ¿Puede la mujer estar *obligada personalmente* cuando no se ha obligado? Y no es ella quien se obliga en los gastos de casa y de educación: ni siquiera tiene el derecho de hacerlo, pues no es capaz para obligarse sino para la administración de sus bienes personales. No es ella quien es el jefe y quien gobierna la casa, es el marido; poco importa que ella pague los gastos con su contribución; de que debe contribuir para con su marido, no debe inducirse que sea deudora para con los acreedores. La consecuencia á la que conduce esta opinión, testifica en contra del principio de donde procede. ¡Cómo! La mujer satisface la obligación que la ley le impone entregando á su marido su parte contributiva; el marido no paga á los acreedores, éstos demandan á la mujer, y ésta tendría que pagar por segunda vez ¡y si opone que está liberada, se calificará esta excepción de *pretexto!* ¡Cómo! es un *pretexto* el sostener que está uno liberado cuando se ha pagado lo que se debe!

La jurisprudencia ha consagrado esta singular doctrina. No le reconocemos ninguna autoridad en esta materia, porque en lugar de probar se conforma con afirmar. Así, la Corte de París ha condenado á la Condesa de Montholón á pagar el monto de las provisiones que le fueron hechas desde la sentencia de separación; la Corte invoca el art. 1,448 que declara que la mujer debe soportar enteramente los gastos de la casa cuando el marido está en la imposibilidad ab-

1 Aubry y Rau, t. V, pág. 405 y nota 67, pfo. 516 [4.ª edición].

soluta de proveer á ellos. (1) La Corte olvida probar lo que adelanta, y esperamos la prueba todavía; que se pruebe que la separación de bienes pone fin al poder marital, en el sentido de que el marido insolvente deja de ser el jefe de la familia, y que la mujer es la que se vuelve jefe. Troplong, no obstante, aprueba esto. Los proveedores, dice, al tratar con el Sr. de Montholón, sabían que el Conde no tenía otro auxilio que la fortuna de su mujer. (2) ¿Y qué importa? ¿La insolvencia del marido tiene acaso el singular efecto de que cese de ser deudor y que la mujer lo sea aunque el marido haya hablado en el contrato cuando la mujer fué extraña en él? Estos son argumentos dignos de un proveedor, pero indignos de un jurisconsulto.

La Corte de Casación ha exagerado aun más esta doctrina singular. En el caso, los esposos estaban separados de bienes por contrato de matrimonio, lo que es lo mismo. Unas provisiones habían sido ministradas á nombre del marido, entraban en los gastos de casa. La Corte de París condenó al marido á pagar solidariamente con la mujer, dando por motivo que los proveedores habian obrado de buena fe y en la inteligencia de que las mercancías serían pagadas tanto por el marido como por la mujer. La decisión sería excelente si nuestros tribunales fueran cortos de equidad. Pero tenemos leyes y la Corte de Casación es el guardián de ellas. ¿Qué decide? Que la Corte de París no había violado ninguna ley, sacando de estos hechos la consecuencia de que el marido estaba obligado *solidariamente* para con los acreedores á pagar el monto de sus facturas. (3) Si la Corte hubiese sentenciado que el marido estaba obligado como jefe en virtud del mandato tácito de que está investida la mujer casada bajo cualquier régimen, su decisión hubiese sido jurídica. Pero decir que el marido está obligado solidariamente, implica que la mujer es codeudora solidaria. Y ¿cuándo hay solidaridad? Cuando está *expresamente estipulada*, ó cuando tiene lugar en virtud de una *disposición de la ley* (artículo 1,202). En el caso ¿dónde está la *estipulación expresa* ó la *disposición de la ley?* El art. 1,202 estaba, pues, violado. Los principios más elementales fueron desconocidos, puesto que la Corte fundaba una obligación en la *buena fe* de los proveedores: ¿basta, acaso, con la *buena fe* para que haya acreedor y deudor?

1 París, 21 de Abril de 1830 (Dalloz, en la palabra *Contrato de Matrimonio*, núm. 1959).
2 Troplong, t. I, pág. 417, núm. 1440.
3 Denegada, 27 de Enero de 1857 (Dalloz, 1857, 1, 142).

285. Hemos dicho que la separación de bienes relaja, de hecho, la liga del matrimonio, aunque de derecho el matrimonio subsista con todas sus consecuencias. La experiencia lo prueba. Sucede á menudo que los esposos separados de bienes se separen también de habitación, de manera que cesa la vida común. De ahí nuevas dificultades acerca de los gastos de los esposos: ¿quién los soporta? Ordinariamente intervienen convenciones á este propósito entre los cónyuges; no hay que decir que éstas son radicalmente nulas. En un caso en que los esposos habían convenido soportar cada uno los gastos de su casa separada, el marido pidió que la mujer estuviera obligada á participar, en lo pasado como en lo venidero, en los gastos que había hecho y que pudiera hacer. Se fundaba en el art. 1,448. La Corte contestó, y la respuesta es perentoria, que la ley supone la vida común y que si el marido quería promover contra la mujer debía, ante todo, pedir que volviera al domicilio conyugal, que era el del marido. (1)

No puede haber acción entre esposos por alimentos mientras vivan separados de hecho, porque los jueces no pueden reconocer una separación de hecho que viola el primer deber de los esposos, el de la vida común. La ley admite una acción por alimentos entre esposos separados de cuerpos por

1 Grenoble, 11 de Marzo de 1851 (Dalloz, 1853, 2, 62).

la sentencia de un juez. Pero mientras sólo están separados de bienes el marido es el jefe de la asociación conyugal; él es quien soporta los gastos de casa; esta casa debe ser común; en el caso el marido tiene acción contra la mujer en virtud del art. 1,448; puede exigir la contribución de la mujer, pero no puede pedir su pensión por alimentos. (1)

La Corte de Burdeos dice muy bien que esto sería favorecer las separaciones de hecho, el autorizar á los esposos á formular demandas por alimentos cuando el matrimonio subsiste. Sin embargo, la Corte admite que hay circunstancias excepcionales que hacen la cohabitación imposible. Tal era, en el caso, el estado de quiebra del marido que nada poseía; no había aún pagado el dividendo ofrecido á sus acreedores y sólo vivía de la hospitalidad de su yerno y de su hija. El marido, dijo la Corte, no podría obligar á la mujer á vivir con él, puesto que no tenía domicilio en el que pudiera recibirla. En tales circunstancias, la Corte admitió la acción por alimentos del marido contra la mujer. (2) La decisión nos deja alguna duda. Si el marido nada poseía la mujer estaba en la obligación de soportar por entero los cargos del matrimonio; el primero de estos cargos consiste en tener domicilio, luego el domicilio conyugal podía y debía ser establecido á costas de la mujer y, por consiguiente, el marido volvía á tomar la dirección de la casa, á reserva de que la mujer pagase los gastos. Tal es la ley, y no vemos con qué derecho los tribunales la derogan.

Núm. 3. Derechos de la mujer separada de bienes.

I. De la administración y del goce

286. El art. 1,449 dice que la mujer separada de cuerpos y de bienes, ó sólo de bienes, vuelve á tomar la libre administración de ellos. No se dice qne vuelva también á tomar su goce. Era inútil decirlo, es una consecuencia natural de la disolución de la comunidad y de la separación de bienes. En principio, los frutos pertenecen al propietario (art. 547) cuando los esposos se casan bajo el régimen de la comunidad, y pone fin, por esto mismo, al goce del marido; la mujer vuelve á tomar sus derechos de propietaria. Al tratar de la separación de bienes contractual, la ley dice que la mujer conserva el goce libre de sus rentas (art. 1,536); lo dice también de los bienes parafernales bajo el régimen dotal, quedando estos bienes sometidos al régimen de la separación (art. 1,576). Debe pasar lo mismo en caso de separacion judicial.

1 París, 9 de Julio de 1858 [Dalloz, 1858. 2, 186].
2 Burdeos, 31 de Mayo 1854 (Dalloz, 1855, 2, 289).

287. Lo que decimos del goce es verdad también de la administración: la mujer vuelve á tomar la administración de sus bienes en virtud de su derecho de propietaria. Si el art. 1,448 se explica acerca de la administración, esto es para decir que la mujer vuelve á tomar la *libre* administración de sus bienes. Es *libre* en este sentido, que queda libertada del poder marital. Según el rigor de la ley, la mujer separada de bienes queda bajo el poder del marido; por consiguiente, no podría hacer ningún acto, ni siquiera de administración, sin autorización marital ó de justicia. El artículo 1,449 hace excepción á la incapacidad de la mujer en lo que se refiere á los actos de administración, y le permite hacerlos libremente, sin necesidad de ninguna autorización. La derogación al derecho común es grave, pues se trata de una excepción al poder marital, que es de orden público: la mujer separada de bienes, aunque quede bajo el poder marital, queda franca para los actos más usuales de la vida. Se ve que el relajamiento de la liga que establece el matrimonio es legal, puesto que la misma ley debilita el poder marital derogándolo.

¿Cuáles son los motivos de esta excepción? Fué probable-

la sentencia de un juez. Pero mientras sólo están separados de bienes el marido es el jefe de la asociación conyugal; él es quien soporta los gastos de casa; esta casa debe ser común; en el caso el marido tiene acción contra la mujer en virtud del art. 1,448; puede exigir la contribución de la mujer, pero no puede pedir su pensión por alimentos. (1)

La Corte de Burdeos dice muy bien que esto sería favorecer las separaciones de hecho, el autorizar á los esposos á formular demandas por alimentos cuando el matrimonio subsiste. Sin embargo, la Corte admite que hay circunstancias excepcionales que hacen la cohabitación imposible. Tal era, en el caso, el estado de quiebra del marido que nada poseía; no había aún pagado el dividendo ofrecido á sus acreedores y sólo vivía de la hospitalidad de su yerno y de su hija. El marido, dijo la Corte, no podría obligar á la mujer á vivir con él, puesto que no tenía domicilio en el que pudiera recibirla. En tales circunstancias, la Corte admitió la acción por alimentos del marido contra la mujer. (2) La decisión nos deja alguna duda. Si el marido nada poseía la mujer estaba en la obligación de soportar por entero los cargos del matrimonio; el primero de estos cargos consiste en tener domicilio, luego el domicilio conyugal podía y debía ser establecido á costas de la mujer y, por consiguiente, el marido volvía á tomar la dirección de la casa, á reserva de que la mujer pagase los gastos. Tal es la ley, y no vemos con qué derecho los tribunales la derogan.

Núm. 3. Derechos de la mujer separada de bienes.

I. De la administración y del goce

286. El art. 1,449 dice que la mujer separada de cuerpos y de bienes, ó sólo de bienes, vuelve á tomar la libre administración de ellos. No se dice qne vuelva también á tomar su goce. Era inútil decirlo, es una consecuencia natural de la disolución de la comunidad y de la separación de bienes. En principio, los frutos pertenecen al propietario (art. 547) cuando los esposos se casan bajo el régimen de la comunidad, y pone fin, por esto mismo, al goce del marido; la mujer vuelve á tomar sus derechos de propietaria. Al tratar de la separación de bienes contractual, la ley dice que la mujer conserva el goce libre de sus rentas (art. 1,536); lo dice también de los bienes parafernales bajo el régimen dotal, quedando estos bienes sometidos al régimen de la separación (art. 1,576). Debe pasar lo mismo en caso de separacion judicial.

1 París, 9 de Julio de 1858 [Dalloz, 1858. 2, 186].
2 Burdeos, 31 de Mayo 1854 (Dalloz, 1855, 2, 289).

287. Lo que decimos del goce es verdad también de la administración: la mujer vuelve á tomar la administración de sus bienes en virtud de su derecho de propietaria. Si el art. 1,448 se explica acerca de la administración, esto es para decir que la mujer vuelve á tomar la *libre* administración de sus bienes. Es *libre* en este sentido, que queda libertada del poder marital. Según el rigor de la ley, la mujer separada de bienes queda bajo el poder del marido; por consiguiente, no podría hacer ningún acto, ni siquiera de administración, sin autorización marital ó de justicia. El artículo 1,449 hace excepción á la incapacidad de la mujer en lo que se refiere á los actos de administración, y le permite hacerlos libremente, sin necesidad de ninguna autorización. La derogación al derecho común es grave, pues se trata de una excepción al poder marital, que es de orden público: la mujer separada de bienes, aunque quede bajo el poder marital, queda franca para los actos más usuales de la vida. Se ve que el relajamiento de la liga que establece el matrimonio es legal, puesto que la misma ley debilita el poder marital derogándolo.

¿Cuáles son los motivos de esta excepción? Fué probable-

mente una necesidad práctica lo que la introdujo. La administración exige actos muy frecuentes y que deben amenudo hacerse en el acto, sin retardo. Se encontraría estorbada si el marido ó la justicia tuvieran que intervenir en cada acto que la mujer se encuentra en la necesidad de hacer; en este sentido la mujer debe tener el derecho de administración libre. Otra consideración justifica, cuando menos en los casos ordinarios, esta derogación al derecho común. La autorización marital está requerida para que el marido, jefe de la familia, examine si el acto que la mujer se propone hacer corresponde á su interés y al de la familia; esto supone que el marido tiene la costumbre y la capacidad de un hombre de negocios. En caso de separación de bienes esta suposición está casi siempre desmentida por el desorden de su gestión y aun de su moralidad. El marido no merece, pues, conservar el poder marital en toda su plenitud. (1) Esta consideración deja mucho que desear, según nuestro parecer. Diremos más adelante que el poder marital y, por consiguiente, la necesidad de la autorización, subsiste: la mujer debe estar autorizada por su marido cuando enajena un inmueble, cuando promueve en justicia. Si el marido conserva su autoridad para los actos más importantes, se pudiera y se debiera dársela también para los actos de menor importancia. Es, pues, menos por dignidad que por necesidad como la ley dispensa á la mujer de la autorización para los actos de administración.

288. La mujer vuelve á tomar de derecho la administración y el goce de sus bienes. ¿Puede dejarlos á su marido, ya sea por una convención, ya de hecho por un consentimiento tácito? ¿Y cuál es la consecuencia de este hecho ó de esta convención? La ley prevee estas cuestiones en el capítulo *De la Separación Contractual*. Según el art. 1,539, la mujer separada puede dejar de hecho el goce de sus bienes

1 Troplong, t. I, pág. 409, núm. 1405.

á su marido. Decimos de hecho, pues la ley no supone ninguna convención, ningún mandato, ni siquiera tácito. ¿A qué está obligado el marido en este caso? El art. 1,539 dice: "El marido está obligado, sea á pedimiento de su mujer, sea por la disolusión del matrimonic, sólo á la entrega de los frutos existentes, sin responder por los que haya consumido hasta entonces." La mujer puede, pues, volver á tomar en todo tiempo el goce de sus bienes, así como la administración, este es su derecho mientras subsiste la separación. En el caso no interviene ningún convenio entre los esposos; el goce del marido es, pues, de puro hecho; la mujer puede ponerle fin cuando guste. ¿Por qué el marido, á pedimento de la mujer, ó en la disolución del matrimonio, debe dar cuenta sólo de los frutos existentes y no de los frutos consumidos? Esto es porque la mujer, al dejarle el goce sin mandato, le abandona por esto mismo los frutos para soportar los cargos del matrimonio.

¿El art. 1,539 se aplica á la separación judicial? Esto se ha contestado, y hay, en efecto, motivo de duda. La separación convencional no supone ningún desorden, ningún desarreglo; da una gran independencia á la mujer, sin que nada pueda reprocharse al marido. Nada impide, pues, que de hecho la mujer, sin renunciar dicha independencia, deje á su marido gozar de sus bienes. Sucede diferentemente en el caso de separación judicial; ésta acusa un desorden cualquiera: ¿es este el caso de dejar al marido el goce y la administración de unos bienes de que ha hecho mal uso, y cuando se ha pedido la separación para poner la dote al abrigo del peligro que la amenaza? ¿Y por qué, se dice, hacer una excepción en su favor á la regla que obliga á todo mandatario á rendir cuenta? (1) Hay aquí un error. El artículo 1,539 no supone ningún mandato. Y como la separa-

1 Odier, t. I, pág. 373, núm. 399. En sentido contrario, Aubry y Rau, t. V, pág. 405, nota 69; pfo. 516.

ción judicial puede tener lugar sin que haya mala gestión ni mala conducta, no se ve por qué la mujer separada judicialmente no había de poder abandonar á su marido el goce de sus bienes; después de todo, ella goza de sus rentas como gusta; tiene, pues, el derecho de dárselos á su marido. La Corte de Burdeos ha sentenciado en este sentido. Dice muy bien, que no hay diferencia entre la separación de bienes judicial y la contractual; y de hecho, á la mujer toca saber lo que conviene que haga; en fin, bajo el punto de vista de la equidad esto sería una obligación muy onerosa, la de exigir del marido la restitución de los frutos consumidos cuando pudo creer que la mujer se los abandonaba para ayudarlo á soportar los cargos del matrimonio. (1)

289. La hipótesis de un mandato está prevista por el artículo 1,577 que dice: «Si la mujer da su poder al marido para administrar sus bienes parafernales con cargo de darle cuenta de los frutos, éste quedará obligado para con ella como cualquier mandatario.» Esta disposición, aunque colocada bajo la rúbrica del régimen dotal, recibe su aplicación á la separación de bienes judiciales ó convencionales, porque esto es la aplicación del derecho común. Además, el régimen de los bienes parafernales es, en realidad, el régimen de la separación; por esto el art. 1,578 repite para los bienes parafernales lo que el art. 1,539 dice de los bienes personales de la mujer bajo el régimen de la separación contractual. El derecho común es aplicable siempre, salvo derogación. Cuando el marido es mandatario debe dar cuenta de los frutos aún existentes y de los consumidos sin distinción. Sin embargo, debiendo la mujer contribuir á los gastos de casa proporcionalmente á sus facultades y á las del marido, éste puede descontar la parte contributiva de su mujer, la que se deducirá de la entrada como gasto á cargo de la mujer.

1 Burdeos, 26 de Enero de 1831 (Dalloz, *Contrato de matrimonio*, núm. 1923).

290. El art. 1,579 prevee también una hipótesis que sólo es una excepción rara, puesto que implica una violación de la ley. Se supone que el marido goza de los bienes parafernales apesar de la oposición comprobada de la mujer; la ley decide que el marido deberá dar cuenta de todos los frutos, tanto los consumidos como los existentes. Esto es asimilar el marido usurpador al marido mandatario; si la ley dice que el marido debe dar cuenta de los frutos consumidos, esto es por oposición con la hipótesis del artículo precedente, en el que se trata del goce que la mujer abandona de hecho al marido. No debe inducirse de esto que el marido que goza apesar de su mujer no tiene otras obligaciones que las que le impone el art. 1,579; comete una vía de hecho, es responsable del daño que resulta para su mujer; ésta puede, pues, reclamar daños y perjuicios, si hay lugar, además de la restitución de los frutos. ¿Es esto decir que el marido, aun usurpador, no pueda tener en cuenta la parte contributiva de la mujer en los gastos de casa? Es bien seguro que tiene este derecho, pues la mujer no está dispensada de llenar sus obligaciones, aunque el marido viole la ley reteniendo la administración y el goce, apesar de los derechos de la mujer. (1)

291. Que el marido goce de hecho ó en virtud de un mandato, la mujer puede siempre volver á tomar la administración y goce de sus bienes; el hecho no da ningún derecho al marido, y el mandato es revocable por su esencia. Aunque la mujer hubiese declarado abandonar á su marido la administración y el goce de sus bienes, sin limitación de tiempo ópor toda su vida, no quedaría obligada por esto; esto sería restablecer indirectamente la comunidad; y la separación de bienes no puede cesar legalmente sinobajo las condiciones determinadas por la ley. La Corte de Burdeos

1 Aubry y Rau, t. V, págs. 405 y 406, pfo. 516 (4.ª edición).

lo sentenció así en un caso en el cual la mujer había abandonado al marido para cubrir su contribución en los gastos de casa, la administración y goce durante el matrimonio, de una finca de que era propietaria. La mujer pidió la nulidad de esta convención en virtud del art. 1,451 que prescribe las condiciones y formas según las cuales está permitido á los esposos hacer cesar su separación. La nulidad fué pronunciada; en efecto, la mujer no puede despojarse de la administración de sus bienes en todo ó en parte. Esto sería destruir ó modificar la sentencia que pronunció la separación, y esto sólo puede hacerse por el restablecimiento de la comunidad conforme al art. 1,451. (1)

II Cuáles actos puede hacer la mujer.

292. La ley nada dice del goce de la mujer. En el capítulo de la *Separación contractual* se dice que la mujer separada conserva el *libre goce* de sus rentas. Lo mismo sucede con la mujer separada de bienes judicialmente. Es propietaria, y la propiedad da el derecho de goce del modo más absoluto (art. 544). Es verdad que la mujer se considera entre los incapaces, pero su incapacidad sólo consiste en la necesidad de la autorización del marido ó de la justicia para los actos jurídicos que está en el caso de hacer. La mujer separada de bienes está libertada de esta necesidad para los actos de administración, y en cuanto á su goce está igualmente libre, en el sentido de que puede disponer de sus rentas como guste, excepto cuando hace un acto por el cual tiene necesidad de autorización. Tal sería una donación, como lo diremos más adelante.

293. La mujer tiene la libre administración de sus bienes. Puede, pues, hacer sin autorización todos los actos que conciernen á la administración. ¿Cuáles son estos actos?

1 Burdeos, 25 de Marzo de 1848 (Dalloz, 1848, 2, 192).

Puesto que la mujer sólo tiene la libre administración de sus bienes y no la libre disposición de ellos, debe decirse que no puede hacer sin autorización sino los actos que un administrador tiene derecho de hacer. Sin embargo, el principio así formulado es demasiado restrictivo. Hay una diferencia radical entre el administrador ordinario y la mujer separada de bienes; el primero administra bienes que no le pertenecen, mientras que la mujer es propietaria de los bienes que administra. Se comprende, pues, que la mujer tenga un poder más extenso que el de un simple administrador; sería poco lógico el raciocinar por analogía entre la mujer y el administrador ordinario. ¿Pero se puede, cuando menos, aplicar á la mujer los principios que rigen al administrador de los bienes ajenos? Sí, á reserva de tener en cuenta los derechos más extensos que la ley concede á la mujer.

Hay un administrador cuya situación, en apariencia, es idéntica á la de la mujer; es el menor emancipado, quien también administra bienes propios. ¿Debe concluirse de esto que hay analogía entre la mujer separada y el menor emancipado? Así se ha dicho; (1) en nuestro concepto esto es un error. El mismo texto del Código establece una diferencia. Según el art. 484, el menor emancipado sólo puede hacer por sí *actos de pura* administración; el menor tiene, pues, menos poder que un administrador ordinario; esto se comprende, el menor emancipado es incapaz por razón de su edad y de su inexperiencia. El art. 1,449 no se expresa en estos términos restrictivos hablando de la mujer separada; dice que administra libremente sus bienes. En vano se dirá que ella es incapaz, su incapacidad es muy distinta de la del menor. La suponemos mayor de edad, luego capaz, según las leyes de la naturaleza; si está marcada de incapacidad, esto es únicamente por razón de su matrimonio y del poder marital al que está sometida. Y la ley la liberta pre-

1 Battur *De la comunidad*, t. II, pág. 190, núm. 514, y página 336, núm. 615.

lo sentenció así en un caso en el cual la mujer había abandonado al marido para cubrir su contribución en los gastos de casa, la administración y goce durante el matrimonio, de una finca de que era propietaria. La mujer pidió la nulidad de esta convención en virtud del art. 1,451 que prescribe las condiciones y formas según las cuales está permitido á los esposos hacer cesar su separación. La nulidad fué pronunciada; en efecto, la mujer no puede despojarse de la administración de sus bienes en todo ó en parte. Esto sería destruir ó modificar la sentencia que pronunció la separación, y esto sólo puede hacerse por el restablecimiento de la comunidad conforme al art. 1,451. (1)

II Cuáles actos puede hacer la mujer.

292. La ley nada dice del goce de la mujer. En el capítulo de la *Separación contractual* se dice que la mujer separada conserva el *libre goce* de sus rentas. Lo mismo sucede con la mujer separada de bienes judicialmente. Es propietaria, y la propiedad da el derecho de goce del modo más absoluto (art. 544). Es verdad que la mujer se considera entre los incapaces, pero su incapacidad sólo consiste en la necesidad de la autorización del marido ó de la justicia para los actos jurídicos que está en el caso de hacer. La mujer separada de bienes está libertada de esta necesidad para los actos de administración, y en cuanto á su goce está igualmente libre, en el sentido de que puede disponer de sus rentas como guste, excepto cuando hace un acto por el cual tiene necesidad de autorización. Tal sería una donación, como lo diremos más adelante.

293. La mujer tiene la libre administración de sus bienes. Puede, pues, hacer sin autorización todos los actos que conciernen á la administración. ¿Cuáles son estos actos?

1 Burdeos, 25 de Marzo de 1848 (Dalloz, 1848, 2, 192).

Puesto que la mujer sólo tiene la libre administración de sus bienes y no la libre disposición de ellos, debe decirse que no puede hacer sin autorización sino los actos que un administrador tiene derecho de hacer. Sin embargo, el principio así formulado es demasiado restrictivo. Hay una diferencia radical entre el administrador ordinario y la mujer separada de bienes; el primero administra bienes que no le pertenecen, mientras que la mujer es propietaria de los bienes que administra. Se comprende, pues, que la mujer tenga un poder más extenso que el de un simple administrador; sería poco lógico el raciocinar por analogía entre la mujer y el administrador ordinario. ¿Pero se puede, cuando menos, aplicar á la mujer los principios que rigen al administrador de los bienes ajenos? Sí, á reserva de tener en cuenta los derechos más extensos que la ley concede á la mujer.

Hay un administrador cuya situación, en apariencia, es idéntica á la de la mujer; es el menor emancipado, quien también administra bienes propios. ¿Debe concluirse de esto que hay analogía entre la mujer separada y el menor emancipado? Así se ha dicho; (1) en nuestro concepto esto es un error. El mismo texto del Código establece una diferencia. Según el art. 484, el menor emancipado sólo puede hacer por sí *actos de pura* administración; el menor tiene, pues, menos poder que un administrador ordinario; esto se comprende, el menor emancipado es incapaz por razón de su edad y de su inexperiencia. El art. 1,449 no se expresa en estos términos restrictivos hablando de la mujer separada; dice que administra libremente sus bienes. En vano se dirá que ella es incapaz, su incapacidad es muy distinta de la del menor. La suponemos mayor de edad, luego capaz, según las leyes de la naturaleza; si está marcada de incapacidad, esto es únicamente por razón de su matrimonio y del poder marital al que está sometida. Y la ley la liberta pre-

1 Battur *De la comunidad*, t. II, pág. 190, núm. 514, y página 336, núm. 615.

cisamente de este poder, cuando menos en parte. Debe, pues, verse hasta dónde quiso la ley extender la libertad de la mujer. Esta es una cuestión muy diversa de la que se refiere á la incapacidad del menor emancipado. En definitiva, la situación de la mujer separada es enteramente especial; no puede ocurrirse á la argumentación analógica sino con gran circunspección.

294. ¿Es el contrato de arrendamiento un acto de administración? Sí, cuando no pasa de nueve años; si pasa este límite, la ley lo considera como un acto de disposición. Tal es la teoría del Código; la hemos expuesto al tratar de la administración de los bienes de la mujer que la ley confía al marido (núm. 134). ¿Debe aplicarse esta distinción á la mujer separada? Hay un motivo de duda, es que la mujer es propietaria. Sí, pero propietaria incapaz cuando se trata de sus inmuebles; no los puede enajenar, dice el art. 1,449, sin el consentimiento de su marido ó sin estar autorizada por la justicia cuando éste le niega la autorización. Esto decide la cuestión; la mujer no puede, pues, dar sus inmuebles en arrendamiento sino por el término de nueve años, y no puede renovar el contrato sino en las épocas determinadas por la ley. Esta es la opinión unánime de los autores. (1)

¿El arrendamiento que pasa de nueve años es nulo? Lo es como acta de disposición, es válido como acta de administración. Esta es la decisión del Código en lo que se refiere á los arrendamientos hechos por el marido administrador, el tutor y el menor emancipado; hay igual motivo para decidir en los arrendamientos consentidos por la mujer. Si, pues, ésta hace un contrato de arrendamiento sin autorización, por más de nueve años, sólo queda ligada por un período de nueve años. ¿Quién puede prevalerse de la nulidad del

1 Véanse las autoridades en Rodière y Pont, t. III, pág. 657, núm. 2,189 nota 2.

contrato considerado como acta de disposición y pedir su reducción? Hay que aplicar los principios que rigen la incapacidad de la mujer casada; es porque el contrato está consentido por una mujer casada por lo que no puede valer como acta de disposición. Y según el art. 225, la nulidad fundada en la falta de autorización sólo puede ser opuesta por la mujer, por el marido ó por sus herederos. El arrendatario no puede prevalerse de ella; la nulidad no está establecida en su favor. (1)

Si el contrato de arrendamiento está hecho por nueve años nadie tiene derecho de atacarlo, puesto que el acta se hizo por la mujer en los límites de su capacidad. Se ha pretendido que el marido podía atacar el contrato por precio vil, en virtud del art. 1,448 que obliga á la mujer á contribuir á los gastos del matrimonio; se concluía que el marido ejercía una vigilancia en la administración de la mujer y que, por consiguiente, tenía derecho para provocar la anulación de las actas que le perjudicaban. Esta es una de esas pretensiones que falsean la ley en la que se apoyan. Declarando *libre* la administración de la mujer, la ley la liberta de toda intervención de su marido; ¿con qué derecho vendría éste atacando un acta que la mujer separada tiene derecho de hacer? El art. 1,448 sólo da al marido un derecho, el de exigir la contribución de la mujer. Para que el marido tuviera el derecho de obrar sería necesario que fuese acreedor y que el acta fuese hecha en fraude de sus derechos. Es acreedor en virtud del art. 1,448; si el contrato ó cualquiera otra acta de la mujer está hecha en fraude del marido, éste puede atacarla por acción pauliana; pero para obrar en virtud del art. 1,167 no basta que el acta le perjudique, es necesario que sea fraudulenta, y el marido tiene que probarlo. (2)

1 París, 24 de Diciembre de 1859 (Dalloz, 1860, 5, 350).
2 Douai, 24 de Julio de 1865 (Dalloz, 1866, 2, 29).

295. ¿Puede la mujer recibir y dar descargo de un capital mueble? En nuestro concepto sí, porque es un acta de administración. Según el Código, el tutor puede recibir los capitales del menor, aun sin el concurso del subrogado tutor; si la ley hipotecaria ha modificado este principio, no es que entienda cambiar la naturaleza del acta, es únicamente para dar garantías al menor contra el tutor, cuyos bienes fueron insuficientes para asegurar los derechos del pupilo. Es verdad que el art. 434 prohibe al menor emancipado recibir un capital mueble y dar descargo de él sin la asistencia de su tutor. Pero esta disposición es especial al menor; el mismo texto del Código da la razón de esto: el curador está encargado de vigilar el empleo del capital recibido. Es porque la ley desconfía de la ligereza é imprevisión del menor, por lo que hace intervenir al curador. Este motivo es extraño á la mujer, la que suponemos mayor de edad. Esta queda, pues, dentro el derecho común; la ley le permite disponer de sus créditos, con más razón debe tener derecho para recibirlos. Esta es la común opinión, salvo el disentimiento de Battur, del que no hacemos aprecio, porque descansa en una asimilación errónea del menor emancipado y de la mujer separada. (1)

296. ¿Puede la mujer separada de bienes consentir la cancelación de una inscripción hipotecaria? Si cancela después de haber recibido el crédito, es seguro que puede cancelar la inscripción, y no comprendemos cómo un conservador de hipótecas haya rehusado radicar la inscripción por el consentimiento de la mujer. En efecto, el pago extingue la deuda y, por consiguiente, la hipoteca; la cancelación es la consecuencia obligada; cualquier administrador tiene derecho de consentirla, con más razón la mujer. (2) Otra es la cuestión de saber si la mujer tiene calidad para cancelar la inscripción sin que la deuda esté pagada. Es de principio, como lo diremos al explicar la ley hipotecaria, que para consentir la cancelación de la inscripción cuando la deuda subsiste, es necesario tener capacidad para enajenar. Y la mujer separada de bienes puede disponer de sus muebles y enajenarlos á título oneroso; puede, pues, con este título cancelar una inscripción.

1 Aubry y Rau, t. V, nota 55, pfo. 516. Colmet de Santerre, t. VI, núm. 101 *bis* II. En sentido contrario, Battur, t. II, núms. 651 y 514.

2 Lieja, 11 de Mayo de 1867 (*Pasicrisia*, 1867, 2, 353). Colmet de Santerre, t. VI, pág. 253, núm. 101 *bis* II.

297. ¿La mujer separada de bienes puede hacer adquisiciones muebles ó inmuebles? Hay que distinguir: comprar para emplear sus rentas ó para colocar un capital mueble cobrado, es un acto de administración que los administradores de bienes ajenos pueden hacer; esto es la colocación más segura; con este título las leyes mismas lo ordenan; transladamos á lo que fué dicho acerca de la tutela y de la substitución fideicomisa permitida. Pero la cuestión cambia de aspecto si para comprar debe la mujer pedir prestado. ¡Cuántos propietarios se han arruinado, pidiendo prestado, aunque sea al tipo legal, sumas importantes para comprar inmuebles que no les produce dos por ciento! Pedir prestado para especular es un acto ruinoso; volveremos á ocuparnos de esto más tarde: lo seguro es que la mujer separada de bienes no tiene este derecho, porque esto sería darle derecho para arruinarse. (1)

298. Otra colocación de dinero ha dado lugar á alguna duda: ¿puede la mujer colocar sus capitales en renta vitalicia? Si sólo tuviera simples poderes de administración, la decisión sería dudosa; la colocación, ventajosa para ella, puede ser ruinosa para sus hijos, y algunas veces ella misma hace una muy mala especulación; se pudiera decir que el administrador no tiene el derecho de especular, y todo contrato aleatorio es una especie de juego en el que se puede perder ó

1 Aubry y Rau, t. V, pág. 404, pfo. 516. Colmet de Santerre, t. VI, página 51, núm. 101 *bis* II.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

ganar. Pero la mujer separada tiene una capacidad que es mayor que la administración; la ley le permite enajenar sus muebles y disponer de ellos; y colocar sus capitales en renta vitalicia, es hacer un acto de enajenación; luego la mujer tiene derecho de hacerlo. Esta es la doctrina de la mayor parte de los autores, y la jurisprudencia está en el mismo sentido. (1)

299. La mujer separada de bienes tiene un patrimonio distinto del de su marido, ya no hay intereses comunes entre ellos. Cuando bajo el régimen de la comunidad la mujer compra, el bien se hace una ganancial. Si la mujer separada compra el bien es un propio suyo, pues se vuelve propietaria y todo lo que posee le es propio. El principio es incontestable; no obstante, la aplicación ha presentado mucha discusión.

Un primer punto es seguro: es que la mujer que compra es deudora, sola habla en el contrato, su marido no figura en él para autorizarla, y aunque la autorizase, se le aplicaría el principio: quien autoriza no se obliga. Ha sucedido que el marido haya comprado por cuenta de su mujer, por consiguiente, como mandatario; siempre es la mujer quien compra y, por consiguiente, quien es deudora, como ella es quien es propietaria. La Corte de Casación lo sentenció así, y esto no es dudoso. (2)

Decimos que la mujer es propietaria. Sin embargo, fué sentenciado que si un inmueble es adquirido por la mujer ó en su nombre con declaración de que el precio se paga con su dinero, los acreedores pueden atacar la declaración como fraudulenta *y*, por consiguiente, embargar el inmueble como perteneciente al marido. (3) La decisión nos parece dudosa. Los acreedores pueden atacar cualquiera acta de su deudor cuando está hecha en fraude de sus derechos. En el caso, la adquisición era hecha por la mujer; el marido, es verdad, había ministrado el dinero, pero no es aquel que ministra el dinero quien se hace propietario, es aquel que figura en el contrato como comprador. ¿No debe concluirse de esto que la mujer era la propietaria y que el único derecho de los acreedores consistía en pedirle el reembolso de la suma que el marido había ministrado para hacer la adquisición? No debe confundirse este caso con aquel en el cual el marido hiciera una adquisición por cuenta suya, pero bajo el nombre de su mujer, con el fin de defraudar á los acreedores; en este caso, es seguro que el marido se hace propietario y sus acreedores pueden atacar el acta en la cual la mujer figura prestando su nombre á su deudor. Tal no era el caso juzgado por la Corte de Casación. Lo que había de faudulento en él no era la adquisición; la compra por cuenta de la mujer era seria, luego debía haber sido mantenida.

1 Troplong, t. I, pág. 413, núm. 1422. Aubry y Rau, t. VI, pág. 404, nota 59, pfo. 516. París, 17 de Mayo de 1834 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 1983). Sentencia del Tribunal del Sena, 3 de Febrero de 1869 (Dalloz, 1871, 3, 109).

2 Denegada, Sala Civil, 20 de Abril de 1864 (Dalloz, 1864, 1, 178).

3 Denegada, 28 de Febrero de 1855 (Dalloz, 1855, 1, 401).

300. En cuanto á los muebles, se presentan otras dificultades. La mujer separada de bienes toma la mitad de la comunidad, acepta y el marido le cede su parte para llenar sus devoluciones. ¿Resulta de esto que la mujer se presume propietaria de todo lo mueble que se encuentra en el domicilio conyugal? La Corte de Besançón juzgó muy bien que no había presunción en este caso. El marido puede adquirir efectos muebles después de la separación de bienes; como la vida común continúa, los muebles de ambos esposos se confundirán, lo que no impide que cada uno sea propietario de los efectos que adquiera. Esto es decir que siempre se permanece bajo el imperio del derecho común. (1)

Los tribunales gustan de decidir por las presunciones que

1 Besançón, 22 de Diciembre de 1854 (Dalloz, 1854, 2, 233).

resultan de las circunstancias de la causa; están en su derecho; suponiendo que la prueba por simple presunción esté de admitirse, no lo está sino en el caso en el cual la ley admite la prueba testimonial. Nunca debe perderse de vista esta disposición del art. 1,353 que amenudo se olvida en la práctica, como si las presunciones de hombre fueran una prueba de derecho común. La mujer separada puede tener un comercio distinto del de su marido; por consiguiente, se hace propietaria de los muebles adquiridos con las utilidades de su comercio ó con sus economías. Esto es incontestable. ¿Debe inducirse de esto, como lo hizo la Corte de Caen, que hay presunción de que los muebles encontrados en su posesión sean de su propiedad y, que por consiguiente, no pueden ser embargados por los acreedores del marido? (1) Como se trata de una presunción de hecho, está, por esto sólo, abandonada á la apreciación del juez, á reserva de ver si el juez tiene el derecho de invocar presunciones; acerca de este punto trasladamos al título de las *Obligaciones*.

Después de una sentencia que pronunciaba la separación de bienes, la mujer se retiró á una de sus propiedades para explotarla. El marido la siguió allí y la ayudó en su explotación. ¿A quién pertenecía el mobiliar de la casa, los caballos y carruajes que servían al cultivo de las tierras? Los acreedores pretendieron que los carruajes eran propiedad del marido porque las placas llevaban su nombre. Su pretensión fué desechada por la Corte de Caen, la cual se fundó en las circunstancias de la causa. (2) Esto es siempre la misma cuestión: las circunstancias de la causa son presunciones de hombre; el juez puede prevalerse de ellas, pero con una condición: es que la prueba testimonial esté admitida.

1 Caen, 4 de Diciembre de 1844 (Dalloz, 1845, 4. 470, 4.° 3).
2 Caen, 15 de Enero de 1849 (Dalloz, 1849, 2, 181).

III. ¿La mujer separada de bienes puede enajenar su mobiliar?

301. El art. 1,449 dice que la mujer puede disponer de su mobiliar y enajenarlo. ¿Es absoluto este derecho de disposición, ó sólo pertenece á la mujer en los límites de su poder administrativo? Esta cuestión está muy controvertida. Nos parece que el texto lo decide; acabamos de transcribir los términos de la ley. Se diría que el legislador ha previsto las discusiones á que daría lugar el derecho de disposición de la mujer y que quiso decidirlo de antemano; se limita á decir que la mujer puede enajenar su mobiliar, y agrega que puede disponer de él acumulando así dos expresiones para marcar el derecho pleno de la mujer. No hay una sola palabra en la ley que restriña este poder absoluto.

Se pretende que la restricción resulta de la combinación de los arts. 217 y 1,449. El art. 217 dice que la mujer, aun no común ó *separada de bienes*, no puede dar, *enajenar*, hipotecar, adquirir á título gratuito ú oneroso sin autorización de su marido. Hé aquí una incapacidad absoluta para *enajenar*: ¿puede admitirse que el legislador, después de haber dicho que *la mujer separada no puede enajenar*, diga lo contrario en el art. 1,449, permitiendo á la mujer enajenar sus muebles y disponer de ellos sin ninguna distinción? Deben conciliarse, se dice, ambas disposiciones, y el artículo 1,449 nos enseña cómo debe hacerse esta conciliación. El primer inciso sienta el principio; la mujer vuelve á tomar la libre administración de sus bienes; sólo puede, pues, hacer actos de administración. Esta es su capacidad; lo que la ley agrega debe relacionarse con la regla fundamental; permite á la mujer separada de bienes disponer de sus muebles, pero bajo la condición de que la enajenación concierna la administración, es decir, que sea un acto de administración. Tal es el argumento que invoca la jurisprudencia dándole una

resultan de las circunstancias de la causa; están en su derecho; suponiendo que la prueba por simple presunción esté de admitirse, no lo está sino en el caso en el cual la ley admite la prueba testimonial. Nunca debe perderse de vista esta disposición del art. 1,353 que amenudo se olvida en la práctica, como si las presunciones de hombre fueran una prueba de derecho común. La mujer separada puede tener un comercio distinto del de su marido; por consiguiente, se hace propietaria de los muebles adquiridos con las utilidades de su comercio ó con sus economías. Esto es incontestable. ¿Debe inducirse de esto, como lo hizo la Corte de Caen, que hay presunción de que los muebles encontrados en su posesión sean de su propiedad y, que por consiguiente, no pueden ser embargados por los acreedores del marido? (1) Como se trata de una presunción de hecho, está, por esto sólo, abandonada á la apreciación del juez, á reserva de ver si el juez tiene el derecho de invocar presunciones; acerca de este punto trasladamos al título de las *Obligaciones*.

Después de una sentencia que pronunciaba la separación de bienes, la mujer se retiró á una de sus propiedades para explotarla. El marido la siguió allí y la ayudó en su explotación. ¿A quién pertenecía el mobiliar de la casa, los caballos y carruajes que servían al cultivo de las tierras? Los acreedores pretendieron que los carruajes eran propiedad del marido porque las placas llevaban su nombre. Su pretensión fué desechada por la Corte de Caen, la cual se fundó en las circunstancias de la causa. (2) Esto es siempre la misma cuestión: las circunstancias de la causa son presunciones de hombre; el juez puede prevalerse de ellas, pero con una condición: es que la prueba testimonial esté admitida.

1 Caen, 4 de Diciembre de 1844 (Dalloz, 1845, 4. 470, 4.° 3).
2 Caen, 15 de Enero de 1849 (Dalloz, 1849, 2, 181).

III. ¿La mujer separada de bienes puede enajenar su mobiliar?

301. El art. 1,449 dice que la mujer puede disponer de su mobiliar y enajenarlo. ¿Es absoluto este derecho de disposición, ó sólo pertenece á la mujer en los límites de su poder administrativo? Esta cuestión está muy controvertida. Nos parece que el texto lo decide; acabamos de transcribir los términos de la ley. Se diría que el legislador ha previsto las discusiones á que daría lugar el derecho de disposición de la mujer y que quiso decidirlo de antemano; se limita á decir que la mujer puede enajenar su mobiliar, y agrega que puede disponer de él acumulando así dos expresiones para marcar el derecho pleno de la mujer. No hay una sola palabra en la ley que restriña este poder absoluto.

Se pretende que la restricción resulta de la combinación de los arts. 217 y 1,449. El art. 217 dice que la mujer, aun no común ó *separada de bienes*, no puede dar, *enajenar*, hipotecar, adquirir á título gratuito ú oneroso sin autorización de su marido. Hé aquí una incapacidad absoluta para *enajenar*: ¿puede admitirse que el legislador, después de haber dicho que *la mujer separada no puede enajenar*, diga lo contrario en el art. 1,449, permitiendo á la mujer enajenar sus muebles y disponer de ellos sin ninguna distinción? Deben conciliarse, se dice, ambas disposiciones, y el artículo 1,449 nos enseña cómo debe hacerse esta conciliación. El primer inciso sienta el principio; la mujer vuelve á tomar la libre administración de sus bienes; sólo puede, pues, hacer actos de administración. Esta es su capacidad; lo que la ley agrega debe relacionarse con la regla fundamental; permite á la mujer separada de bienes disponer de sus muebles, pero bajo la condición de que la enajenación concierna la administración, es decir, que sea un acto de administración. Tal es el argumento que invoca la jurisprudencia dándole una

forma jurídica que parece ser decisiva; el art. 217 establece como regla la incapacidad para enajenar; el art. 1,449 consagra una excepción que no puede destruir á la regla; sólo la modifica; luego debe restringirse el derecho de enajenar á los límites del poder de administración. Creemos que la distinción que se propone no es la que entendió hacer el legislador. Sin duda la disposición del art. 217 es demasiado absoluto en lo que concierne á la mujer separada de bienes; es demasiado absoluta no sólo en lo que dice del derecho de *enajenar*, lo es también en lo que se refiere al derecho *de adquirir á título oneroso*. Hay, pues, que hacer una restricción al art. 217, ó hay que hacer una excepción. ¿Acerca de qué es esta excepción? El art. 1,449 lo indica claramente. Este artículo contiene dos principios: uno para el derecho de administración y el otro para el de disposición. En cuanto al poder para administrar, la mujer lo posee en toda su plenitud; administra libremente, esto es ya una derogación del art. 217 que prohibe que la mujer adquiera á título oneroso, mientras el art. 1,449 le concede este derecho al darle la libre administración. La segunda regla que contiene el artículo 1,449 es relativa al derecho de disposición. Aquí la ley distingue: permite á la mujer enajenar sus muebles sin autorización, pero mantiene la necesidad de esta autorización para la enajenación de inmuebles Hé aquí la distinción ó la excepción que concilia el art. 1,449 con el art. 217. La ley aplica la regla del art. 217 á la enajenación de los inmuebles, y deroga á ella en cuanto á la enajenación de los muebles.

La liga que se pretende establecer entre el segundo inciso del art. 1,449 y el primero, está en oposición con el texto y con el espíritu de la ley. Se trata de dos órdenes de ideas distintas: el primer inciso trata del derecho de administración, el segundo del derecho de disposición, así como el tercero. El derecho de administrar no está sometido á

ninguna restricción, es *libre*. El derecho de disposición, al contrario, no es libre; sólo es para los muebles, no lo es para los inmuebles. Para lo mueble, la libertad de disponer está expresada en términos tan absolutos como lo está el poder para administrar. Nada en el texto marca que la mujer no tiene el derecho de enajenar sino en los límites de su poder de administración. Y el espíritu de la ley tampoco permite admitir esta restricción. El derecho de enajenar interesa á los terceros tanto como á la mujer; para que la mujer pueda vender es preciso que encuentre comprador; y lo que éstos quieren, sobre todo, es una completa seguridad. No comprarán si la mujer ó los acreedores pueden pretender que la venta es nula, porque no se hizo en vista de las necesidades de la administración de la mujer. ¿Y cómo sabrán los terceros si la mujer vende sus muebles por necesidad de administración ó de otro modo? En la incertidumbre en que se encontrarán acerca de la suerte de la venta, no comprarán, y el derecho de enajenar que consagra la ley en términos tan absolutos, se volverá letra muerta, ó mejor dicho, se borrará del Código. ¿Se quiére una prueba? La jurisprudencia admite que la enajenación es válida ó nula, según se hace ó no, en vista de las necesidades de la administración. ¿Quién será juez de esta condición? Se lee en una sentencia de la Corte de Nancy: «Pertenece á los tribunales el apreciar si la enajenación consentida por la mujer entra ó no en los límites del derecho de administración. (1) Esto es decir que depende del poder arbitrario del juez mantener la enajenación ó anularla. ¿Es esto lo que dice el artículo 1,449?

302. Casi todos los autores se han pronunciado en favor de la opinión que acabamos de sostener. (2) La jurispru-

1 Nancy, 24 de Junio de 1854 [Dalloz, 1855, 5, 407].
2 Aubry y Rau, t. V, pág. 403, nota 56, pfo. 516. Colmet de Santerre, tomo VI, pág. 254, núm. 201 *bis* III.

dencia parece contraria. Se lee en una sentencia de la Corte de Casación que el art. 1,449 deroga al art. 217, y toda excepción debe entenderse en sentido restrictivo; la Corte concluye de esto que la facultad concedida á la mujer separada de bienes para disponer de sus muebles y enajenarlos debe restringirse á los actos que tienen por causa la administración de sus bienes. (1) Aparentemente la sentencia zanja la cuestión. En realidad, las decisiones de la Corte no tienen tanto alcance como los considerandos. La cuestión que se sometía á su apreciación no era la de saber si la enajenación directa del mobiliar por la mujer es válida sin autorización marital; la cuestión, presentada en estos términos, no fué nunca resuelta por la Corte de Casación; siempre se ha tratado de saber si la mujer puede disponer indirectamente de su mobiliar obligándose. La Corte de Casación decide que sólo tiene derecho de obligarse para las necesidades de su administración, lo que es muy exacto, como lo diremos más adelante. Pero la Corte no hace bien en aplicar al derecho de enajenar lo que es verdad para el derecho de obligarse. Esto es confundir dos órdenes de ideas enteramente distintas; volveremos á este punto muy importante. Las cortes de Apelación juzgan en el mismo sentido; la Corte de París está tan convencida de la verdad de esta doctrina, que la califica de evidente. (2) Se trataba también, en el caso, de una obligación contraída por una mujer separada de bienes; de manera que la opinión que la Corte encuentra evidente descansa en la confusión de ideas que acabamos de señalar. Se pudiera decir también que esta confusión es un error evidente. No lo diremos; contentándonos con establecer los verdaderos principios, todos nos equivocamos; evitemos, pues, de encontrar evidente todo lo que

1 Casación, 5 de Mayo de 1829, 7 de Diciembre de 1830 y 3 de Enero de 1831 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 1971).
2 París, 27 de Noviembre de 1857 (Dalloz, 1857, 2, 210).

creemos y de tratar de error lo que piensan nuestros adversarios.

Hay acerca de nuestra cuestión una sentencia del Tribunal del Sena conforme con nuestra opinión y mejor motivada que todas las sentencias de la Corte de Casación pronunciadas en esta materia. El tribunal señala la confusión entre el derecho de enajenar y el de obligarse, que hemos encontrado en la jurisprudencia, y establece claramente la distinción que resulta del texto como del espíritu del art. 1,449. Se hace una objeción que se dirige al legislador. Los valores muebles van creciendo cada día más; un gran número de capitales son exclusivamente muebles. ¿No será peligroso permitir á la mujer enajenar todos sus muebles sin autorización? Esto es tan peligroso como el permitirle que se obligue. ¡Y que contradicción, de hecho! Se prohibe á la mujer enajenar sin autorización del marido un pedazo de tierra que no vale 100 francos, y se le permite enajenar valores que pueden alcanzar á cientos de miles de francos! El tribunal contesta que si, en vista de la transformación que está sucediendo en la naturaleza de los capitales, hay peligro en dejar á la mujer una entera libertad para disponer de sus muebles, toca también al legislador proveer en esto. En cuanto al juez su derecho consiste únicamente en interpretar la ley. Y la ley debe ser interpretada según la tradición y el estado social de la época en que se formó la tradición. En cuanto á nuestro estado social, no pertenece al juez tomarlo en consideración; al legislador toca modificar las leyes cuando la sociedad cambia. (1)

303 ¿Qué se entiende en el art. 1,449 por la palabra *mobiliar*? El Tribunal del Sena, en la sentencia que acabamos de mencionar, decide que esta expresión tiene el sentido que le da el art. 535; es decir, que comprende no sólo los muebles corporales sino también los créditos, obligaciones,

1 Sentencia de 9 de Julio de 1872 (Dalloz, 1872, 3, 96).

acciones y rentas de Estado. Esto no es muy dudoso, pues el art. 1,449 no sólo habla del mobiliar sino también de los inmuebles; luego abraza á todos los bienes de la mujer; la necesidad de la autorización sólo está mantenida; en cuanto á la enajenación de los inmuebles, la mujer está librada de ella para la enajenación de los muebles, luego puede enajenar todo lo que no es inmueble.

304 ¿Puede la mujer convertir en títulos al portador los títulos nominales de acciones industriales ó mercantiles? Lo que hace dudosa la cuestión es que las leyes no permiten esta conversión á las personas incapaces, y se ha pretendido, ante la Corte de Casación, que la mujer separada de bienes debía de colocarse entre los incapaces. Esto depende de la interpretación que se hace del art. 1,449. En nuestra opinión la mujer puede enajenar sus acciones; con más razón puede transformar títulos nominales en títulos al portador, lo que no es una enajenación; pero la transformación faculta la enajenación, lo que le hace peligrosa para la mujer separada de bienes, puesto que le da el medio de arruinarse. La objeción, lo repetimos, se dirige al legislador. La Corte de Casación se ha pronunciado en este sentido. (1)

305. ¿Puede la mujer partir sucesiones muebles? Si se admitiera que la mujer sólo tiene un poder de administración, la cuestión sería dudosa, pues el derecho de administrar no confiere el de partir. La ley exige una capacidad especial para proceder á una partición: ésta es menos que la capacidad del propietario y más que la del administrador. Transladamos á lo que ha sido dicho en el título de las *Sucesiones*. Teniendo la mujer capacidad para enajenar sus derechos muebles, la decisión no es dudosa. (2)

1 París, 12 de Julio de 1869, y Denegada, 8 de Febrero de 1870 (Dalloz, 1870, 2, 29, y 1870, 1, 336). Compárense las leyes citadas en nota (Dalloz, 1870, 1, 336).

2 Bellot, t. II, pág. 155. Compárese Troplong, t. I, pág. 413, núm. 1421, quien da una mala razón. ¿Qué importa que la partición no sea una enajenación? ¿Prueba esto que sea un acto de administración?

306. El art. 2,045 dice que para transar se necesita tener la capacidad para disponer de los objetos comprendidos en la transacción. Si, pues, la transacción se refiere á derechos muebles, la mujer separada de bienes puede consentirla, puesto que la ley le concede el derecho de disponer de sus efectos muebles y enajenarlos. A este respecto, la capacidad de la mujer separada difiere grandemente de la capacidad de un administrador; el tutor sólo puede transar bajo condiciones muy rigurosas, mientras la mujer puede hacerlo, aun sin autorizacion, cuando se trata de sus derechos muebles. Esto es porque la mujer es más que un simple administrador, es propietaria, y propietaria capaz para enajenar sus derechos muebles, mientras que el administrador no puede enajenar, cuando menos en nuestro concepto. (1)

307. ¿Puede la mujer disponer de sus muebles á título gratuito? Se pudiera creer así, según los términos del artículo 1,449, pero debe combinarse esta disposición con las de los arts. 217 y 905. El art. 217 dice que la mujer separada de bienes no puede *dar*, *enajenar*, sin autorización; distingue, pues, la *donación* de la *enajenación* á título oneroso. Y el art. 1,449 no deroga el art. 217 sino para lo que toca al derecho de *enajenar*; nada dice del derecho de *dar;* luego la incapacidad para dar subsiste. El art. 905 confirma esta interpretación. Establece terminantemente la incapacidad para dar pronunciada en el art. 217. ¿Para qué reproduce el legislador una prohibición que ya tenía consagrada? Es porque hay un motivo especial para declarar á la mujer incapaz para dar, cualesquiera que sean las convenciones matrimoniales de los esposos; las buenas costumbres exigen que el marido intervenga para autorizar las liberalidades que quiera hacer la mujer. Este motivo domina todas las

1 Aubry y Rau, t. V, pág. 404, nota 57, pfo. 516 (4.ª edición).

demás consideraciones. Hé aquí por qué el art. 905 no distingue el régimen bajo el que la mujer se casó; el interés moral en el que se funda la incapacidad excluye toda distinción. (1)

No es necesario decir que la mujer no puede hacer indirectamente lo que la ley le prohibe hacer directamente. Citaremos un caso que se presentó ante la Corte de Casación de París; es un rasgo de costumbres. Durante la enfermedad de su marido, una mujer fué á consultar á un *magnetizador*. Este firmó un vale por el que reconocía haber recibido, para toda su vida, una suma de 16,000 francos, la que debía ser pagada después de su muerte; y el pretendido deudor era mucho más joven que la señora, además se le dispensaba de los réditos durante su vida. Fué sentenciado que este préstamo disfrazaba una liberalidad, la cual era nula, puesto que la mujer separada no tiene derecho para hacer liberalidades sin autorización marital. (2)

IV. ¿Puede obligarse la mujer separada de bienes?

1. ¿Puede obligarse para la administración de sus bienes?

308. El art. 217, que establece el principio de la incapacidad de la mujer casada, enumera los actos para los que debe estar autorizada por el marido; nada dice del derecho de contraer ú obligarse. Pero la incapacidad para obligarse resulta de los siguientes artículos. No hay ninguna duda á este respecto; transladamos á lo que fué dicho en el título del *Matrimonio* (t. III, núm. 97). La regla es que la mujer es incapaz para obligarse; hay que ver si la ley establece una excepción para la mujer separada de bienes. Y el artículo 1,449 se limita á decir que la mujer separada administra libremente sus bienes, puesto que puede disponer de sus bienes muebles y enajenarlos. ¿Resulta de esto una incapacidad relativa ó general para obligarse?

1 Esta es la opinión unánime de los autores. Aubry y Rau, t. V, pág. 409, nota 79, pfo. 516. Debe agregarse Colmet de Santerre, t. VI, pág. 256, número 101 *bis* IV.

2 París, 29 de Enero de 1874 (Dalloz, 1874, 2, 224).

Al decir que la mujer separada de bienes puede hacer actos de administración sin autorización de su marido, la ley decide implícitamente que puede obligarse. Es, en efecto, imposible administrar sin obligarse. La mujer da en arrendamiento uno de sus bienes; contrae obligaciones con el arrendatario: el mismo hecho jurídico es á la vez un acto de administración y una obligación; el acto de administración no puede ser válido sin que lo sea la obligación. La ley consagra este principio en lo que se refiere al menor emancipado. Puede pedir la *reducción* de los compromisos que contrae por vía de compra ú otra, cuando éstos son excesivos (art. 484); lo que supone que el compromiso es válido, porque fué contraído por un acto de administración, pues comprar es administrar. Si el menor emancipado puede obligarse para las necesidades de su administración, con más razón la mujer separada de bienes debe tener este derecho, pues sus poderes son más extensos que los del menor (núm. 293.)

309. Acerca de este punto la doctrina y la jurisprudencia están acordes. ¿No se debe ir más allá y decir que la mujer puede obligarse aunque no se trate de un acto de administración, en este sentido cuando menos, que contratando obliga su mobiliar? Se invoca el art. 1,449 en apoyo de esta opinión. La ley da á la mujer el derecho de disponer de su mobiliar y de enajenarlo, mientras que le prohibe enajenar sus inmuebles sin autorización. Si la mujer puede enajenar directamente su mobiliar ¿por qué no había de poderlo hacer indirectamente, obligándose y dando á los acreedores el derecho de embargar sus muebles? La obligación será, pues, válida; sólo que dará al acreedor una garantía incompleta; tendrá como prenda el mobiliar de la mujer de

demás consideraciones. Hé aquí por qué el art. 905 no distingue el régimen bajo el que la mujer se casó; el interés moral en el que se funda la incapacidad excluye toda distinción. (1)

No es necesario decir que la mujer no puede hacer indirectamente lo que la ley le prohibe hacer directamente. Citaremos un caso que se presentó ante la Corte de Casación de París; es un rasgo de costumbres. Durante la enfermedad de su marido, una mujer fué á consultar á un *magnetizador*. Este firmó un vale por el que reconocía haber recibido, para toda su vida, una suma de 16,000 francos, la que debía ser pagada después de su muerte; y el pretendido deudor era mucho más joven que la señora, además se le dispensaba de los réditos durante su vida. Fué sentenciado que este préstamo disfrazaba una liberalidad, la cual era nula, puesto que la mujer separada no tiene derecho para hacer liberalidades sin autorización marital. (2)

IV. ¿Puede obligarse la mujer separada de bienes?

1. ¿Puede obligarse para la administración de sus bienes?

308. El art. 217, que establece el principio de la incapacidad de la mujer casada, enumera los actos para los que debe estar autorizada por el marido; nada dice del derecho de contraer ú obligarse. Pero la incapacidad para obligarse resulta de los siguientes artículos. No hay ninguna duda á este respecto; transladamos á lo que fué dicho en el título del *Matrimonio* (t. III, núm. 97). La regla es que la mujer es incapaz para obligarse; hay que ver si la ley establece una excepción para la mujer separada de bienes. Y el artículo 1,449 se limita á decir que la mujer separada administra libremente sus bienes, puesto que puede disponer de sus bienes muebles y enajenarlos. ¿Resulta de esto una incapacidad relativa ó general para obligarse?

1 Esta es la opinión unánime de los autores. Aubry y Rau, t. V, pág. 409, nota 79, pfo. 516. Debe agregarse Colmet de Santerre, t. VI, pág. 256, número 101 *bis* IV.

2 París, 29 de Enero de 1874 (Dalloz, 1874, 2, 224).

Al decir que la mujer separada de bienes puede hacer actos de administración sin autorización de su marido, la ley decide implícitamente que puede obligarse. Es, en efecto, imposible administrar sin obligarse. La mujer da en arrendamiento uno de sus bienes; contrae obligaciones con el arrendatario: el mismo hecho jurídico es á la vez un acto de administración y una obligación; el acto de administración no puede ser válido sin que lo sea la obligación. La ley consagra este principio en lo que se refiere al menor emancipado. Puede pedir la *reducción* de los compromisos que contrae por vía de compra ú otra, cuando éstos son excesivos (art. 484); lo que supone que el compromiso es válido, porque fué contraído por un acto de administración, pues comprar es administrar. Si el menor emancipado puede obligarse para las necesidades de su administración, con más razón la mujer separada de bienes debe tener este derecho, pues sus poderes son más extensos que los del menor (núm. 293.)

309. Acerca de este punto la doctrina y la jurisprudencia están acordes. ¿No se debe ir más allá y decir que la mujer puede obligarse aunque no se trate de un acto de administración, en este sentido cuando menos, que contratando obliga su mobiliar? Se invoca el art. 1,449 en apoyo de esta opinión. La ley da á la mujer el derecho de disponer de su mobiliar y de enajenarlo, mientras que le prohibe enajenar sus inmuebles sin autorización. Si la mujer puede enajenar directamente su mobiliar ¿por qué no había de poderlo hacer indirectamente, obligándose y dando á los acreedores el derecho de embargar sus muebles? La obligación será, pues, válida; sólo que dará al acreedor una garantía incompleta; tendrá como prenda el mobiliar de la mujer de

que ésta puede disponer; no tendrá como prenda sus inmuebles, porque la mujer no puede disponer de ellos.

La Corte de Casación se pronunció primero en favor de esta opinión. Una sentencia dice que la mujer separada, estando autorizada para disponer de sus muebles y enajenarlos, puede, como natural consecuencia, obligarse hasta concurrencia de dicho mobiliar. La Corte de Rouen había sentenciado en sentido contrario, el caso era de los más desfavorables: se dice en la sentencia que la mujer se había obligado fuera de las necesidades de su administración; que había comprometido sus medios de existencia y los de su hija. En el recurso, la sentencia fué casada. Ninguna consideración, dice la sentencia, puede primar á la ley. Decir que la mujer no puede obligarse, cuando la ley declara que puede enajenar su mobiliar, es restringir la ley; es, pues, violarla y cometer un exceso de poder, pues el juez, restringiendo la ley, la deroga, se vuelve legislador. (1)

310. La Corte de Casación se equivocaba. Reconoció su error y cambió su jurisprudencia. Pero ya que se ha tomado una mala dirección difícil es salir de ella: la nueva jurisprudencia de la Suprema Corte está igualmente sujeta á la crítica. Comenzó por confundir el derecho de enajenación con el derecho que tiene el deudor para obligarse dando por prenda al acreedor los bianes que puede enajenar; y esta misma confusión se encuentra en la última doctrina de la Suprema Corte. Importa, pues, establecer claramente la distinción que desconoce la Corte. A primera vista nada parece tan natural y más lógico como la argumentación que ha extraviado á la Corte. La mujer separada de bienes puede disponer directamente de su mobiliar: ¿por qué no lo pudiera hacer indirectamente? Podría vender sus efectos muebles á un acreedor. ¿Puede concebirse que no pueda darle

1 Denegada, 16 de Marzo de 1813; Casación, 18 de Mayo de 1819 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 1970).

el derecho para que los haga vender? En realidad, la diferencia es grande entre estos dos hechos jurídicos: enajenar y obligarse. Aquel que enajena se despoja inmediatamente; sólo lo hace en caso de necesidad actual ó cuando se encuentra en ello cierta ventaja. La situación de aquel que se obliga es muy distinta. La mujer pide prestado, recibe el dinero, y aunque sepa que debe restituirlo, no se priva por el momento de ninguno de sus bienes; ni siquiera piensa en que compromete sus muebles y que el acreedor tendrá derecho para embargarlos, porque espera reembolsar lo que ha pedido prestado. Esta facilidad de comprometerse para el porvenir es en extremo peligrosa para el deudor imprudente; luego la ley debe impedírselo cuando no es enteramente capaz. El derecho de obligarse no es, pues, una consecuencia del derecho de enajenar; la ley puede conceder á la mujer el derecho de enajenar y prohibirle obligarse por razón de su incapacidad, pues no puede dar á la mujer incapaz un derecho que le facilitaría el medio de arruinarse y también á su familia. La ley sigue este principio en todos los casos en los que hay incapacidad. El menor emancipado sólo adquiere una semicapacidad; capaz para los actos de administración, permanece incapaz cuando el acto pasa de los límites de la administración; de ahí la consecuencia que el menor sólo puede obligarse en los límites de su poder de administración. La mujer separada de bienes sólo tiene también en principio la libre administración de sus bienes; luego sólo puede obligarse en estos límites; fuera de éstos queda incapaz. De que la ley le permite enajenar su mobiliar no puede concluirse que tenga el poder ilimitado para obligarse, pues la enajenación puede ser necesaria ó ventajosa, mientras que el derecho de obligarse sería una causa de ruina. (1)

1 Rodière y Pont, t. III, pág. 661, núm. 2193; Colmet de Santerre, t. VI, pág. 261, 101 *bis* XII.

Tal es la teoría de la ley; ella es seguramente más previsora para la mujer que la primera jurisprudencia de la Corte de Casación. Sin embargo, se puede objetar el interés de los terceros que tratan con la mujer. Hemos reconocido á la mujer, como la mayor parte de los autores, el derecho ilimitado de enajenar sus muebles, y en apoyo de esta opinión hemos invocado el interés de los terceros, para los que sería imposible saber si la enajenación se hace ó no en interés de la administración de los bienes de la mujer. ¿No pasa lo mismo con los terceros hacia los que se obliga la mujer? La obligación será válida si concierne á la administración; será nula si es extraña á dicha administración. Si se tiene en cuenta el interés de los terceros en caso de enajenación, ¿por qué no se tiene en cuenta cuando se trata de obligaciones? La diferencia que hace la ley entre estos dos hechos jurídicos se justifica muy bien. El número de actos de administración está muy limitado; es, pues, fácil para los terceros saber si la mujer que con ellos trata administra y se obliga para su administración; mientras que la enajenación del mobiliar no tiene ninguna relación directa con la administración de los bienes; sería, pues, imposible para los terceros saber si la mujer que enajena hace ó no un acto de administración. Agreguemos que la causa de los terceros á los que la mujer vende es más favorable que la causa de los terceros hacia los que la mujer se obliga fuera de su administración; los terceros compradores prestan un servicio á la mujer, los terceros acreedores la ayudan á arruinarse. (1)

311. La Corte de Casación ha modificado su jurisprudencia; seis sentencias, de ellas tres de la Sala Civil, han consagrado la nueva doctrina. (2) No es verosímil pretender,

1 Esta es la opinión casi general de los autores. Véanse las citaciones en Aubry y Rau, t. V, pág. 408, nota 77, pfo. 516, y en Rodière y Pont, t. III, pág. 661, nota 1. Agréguese Colmet de Santerre, t. VI, pág. 257, núms. 161 *bis* VII y VIII.

2 Denegada, 12 de Febrero de 1828, 18 de Marzo de 1829, 7 de Diciembre de

dice la Corte, que concediendo á la mujer separada de bienes el poder de disponer de su mobiliar y de enajenarlo, el art. 1,449 la autorice á obligarse indefinidamente para cualquiera causa, á reserva de no ejecutar la obligación más que en sus muebles; resultaría de esto que desde el momento en que la separación fuese pronunciada, la mujer podría enajenar su mobiliar presente y futuro y operar su ruina y la de sus hijos; lo que no pudo haber entrado en la mente del legislador. Nó, seguramente; tal no es el espíritu de la ley. Pero si el texto favoreciera este peligroso poder, habría que atenerse á ello; el texto, pues, fué lo que pareció decisivo á la Corte en un principio, y hubiera debido interpretarlo estableciendo los verdaderos principios. La Corte, al contrario, perseveró en su primitivo error continuando en confundir el derecho de enajenar con el derecho de obligarse. No se limitó á sentenciar que la mujer sólo puede obligarse en los límites de su poder de administración; ella ha decidido también que la mujer no podía enajenar sino para las necesidades de su administración; de manera que, en la mente de la Corte, el derecho de obligarse depende siempre del derecho de enajenar. En el principio creyó que el derecho de enajenar de la mujer era ilimitado, y había concluido de esto que su derecho para obligarse era también ilimitado. Después consideró el derecho de enajenar como limitado al poder de administración, y admitió el mismo límite para el derecho de obligarse. Hemos combatido esta confusión de dos derechos distintos. Agregaremos que esto es dar á la nueva doctrina una base muy frágil apoyándola en el derecho limitado de enajenar, pues este derecho, lejos de estar limitado por el texto, es ilimitado, como lo decía muy bien la primera jurisprudencia de la Corte. Debe, pues, buscarse otro fundamento al principio por el cual la mujer separa-

1829; Casación, 5 de Mayo de 1829, 7 de Diciembre de 1830 y 3 de Enero de 1831 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 1971).

da de bienes se obliga indefinidamente. Lo hemos encontrado en el texto del Código; esto es un apoyo inquebrantable. En cuanto al derecho absoluto de enajenar, no implica el derecho absoluto de obligarse, porque una cosa es enajenar y otra cosa es obligarse.

312. Nuestra doctrina, que es la de la mayor parte de los autores, y la doctrina de la Corte de Casación están acordes en el principio que llegan á tener; la mujer sólo tiene derecho para obligarse para las necesidades de su administración. Queda por saber cuándo se puede decir que la obligación contraída por la mujer se refiere á su administración. En teoría la respuesta es resuelta. La mujer sólo tiene derecho de obligarse porque no puede administrar sin hacerlo; debe, pues, verse si el acto jurídico á cuya ocasión se obligó es un acto de administración; en este caso la obligación es válida; si el acto sobrepasa los límites de la administración, la obligación es nula. En la aplicación queda siempre una dificultad, es la de distinguir los actos de administración que la mujer tiene derecho de hacer. Hemos examinado la cuestión más atrás (núms. 292–300).

¿Basta que la mujer declare que se obliga para su administración, para que la obligación sea válida? Nó, seguramente; el mismo cuidado que tiene en hacer constar que hace un acto de administración, se hace sospechoso. En un negocio que se presentó en la Corte de Casación, la mujer, al subscribir un vale por 2,000 francos, había declarado que debía legítimamente esta suma al acreedor, la cual suma estaba destinada en provecho de sus hijos, en manutención de su casa y en gastos procedentes de una demanda en separación. Se ve que el vale fué dictado por el acreedor, quien quiso ponerse al abrigo de una acción de nulidad. Esta precaución era sospechosa. La Corte de Burdeos anuló el reconocimiento por motivo de que la mujer, al subscribir el vale, se había excedido de los límites de su poder de administración.

Esta apreciación, dice la Corte de Casación, entra en las atribuciones exclusivas de los jueces del hecho. (1)

313. Según la Corte, la prueba es una dificultad de hecho Es de hecho en el sentido de que la ley no define los actos de administración; sin embargo, para decidir si tal actc es ó no de administración, se apoya uno en textos, y entonces la cuestión se vuelve cuestión de derecho. Quizá la Corte, al decir que pertenece al juez apreciar soberanamente la naturaleza y el carácter del acto, quiso decir otra cosa. El acto puede ser de administración y, sin embargo, el compromiso puede ser excesivo. ¿Será válido en este caso? La Corte de Aix ha sentenciado que compromisos repetidos eran actos de disipación, porque estas deudas excedían con mucho las rentas de la mujer y amenazaban, por consiguiente, su capital mueble y aun su fortuna inmobiliar. (2) Dudamos que este modo de considerar los actos de administración esté conforme á la ley; equivale á decir que el acto debe ser de sabia gestión para que la obligación sea válida. Se encuentra esta expresión en una sentencia de la Corte de Casación. (3) Esto parece ser muy racional, pero no hesitamos en decir que en derecho esta doctrina es inadmisible. La mujer administra libremente; luego cualquier acto de administración hecho por ella es válido, así como la obligación que contrae la mujer al administrar; no puede, pues, pedir su nulidad. La ley hubiera debido darle el derecho de pedir la reducción, como lo hace con el menor cuando sus compromisos son excesivos; pero la ley no lo hizo así. Por consiguiente, es imposible para el intérprete admitir la reducción ni la nulidad. Sólo tiene una cosa que ver: ¿el acto por el cual se obligó la mujer, es acto de administra-

1 Denegada, 18 de Marzo de 1829 [Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 1971, pág. 415].
2 Aix, 25 de Junio de 1824 [Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 1971, pág. 413].
3 Denegada, 29 de Agosto de 1839 (Dalloz, *ibid.*, núm. 1982).

ción? Si la afirmativa, la obligación es válida por excesiva que sea, pues en los límites de su poder de administración la mujer separada tiene plena capacidad; y una persona capaz no puede atacar sus compromisos por causa de ser excesivos. (1)

314. Nos queda una última dificultad que se refiere al principio mismo que acabamos de establecer. La mujer se obliga en los límites de su poder de administración. ¿Dará este compromiso un derecho de prenda al acreedor en todos los bienes de la mujer, ó la mujer al obligarse sólo obliga sus bienes muebles? Creemos que debe aplicarse el principio formulado por el art. 2,092 (Ley Hipotecaria, art 7): «Todo aquel que está obligado personalmente, tiene que cumplir sus compromisos en sus bienes muebles ó inmuebles.» *Todo aquel*, dice la ley; luego cualquier deudor desde que se encuentra personalmente obligado. Y la mujer se obligó personalmente, luego también sus bienes están comprometidos. Se objeta que el art. 2,092 supone un deudor capaz y, sobre todo, capaz para enajenar, puesto que la prenda que da al acreedor en sus bienes conduce á la enajenación por el embargo y la expropiación. Sin duda, es necesario ser capaz para comprometer sus bienes, pero basta tener capacidad para obligarse, no es necesario tenerla para enajenar. Nada importa que los acreedores tengan derecho de embargar sus bienes y venderlos. Tienen este derecho por la ley, la que liga este efecto á toda obligación válidamente contraída; no es el deudor el que vende en caso de embargo, se venden sus bienes; depende de él impedir la venta ejecutando sus compromisos: prueba que al obligarse no vende. Aquellos que han contestado la aplicación del art. 2,092 á los incapaces, no han pensado que los simples administradores de bienes ajenos obligan á aquellos de quienes gestionan el patrimonio; aunque no tengan derecho para enajenar, los bienes están

1 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 258, núm. 101 *bis* IX.

comprometidos por las obligaciones que contraen en los límites de su poder de administración. ¿Acaso el tutor no compromete al pupilo por las obligaciones que contrae al administrar? ¿Y estos compromisos no pueden ejecutarse en todos los bienes del menor? Sin embargo, el tutor no tiene el derecho de enajenar. Pero basta que tenga el derecho de obligarse en nombre del menor, para que éste esté obligado á cumplir los compromisos en todos sus bienes muebles é inmuebles. (1)

2. *Aplicación.*

315. ¿Puede la mujer separada de bienes aceptar una sucesión? En la teoría del Código, la aceptación de una sucesión no está considerada como un acto de administración; el tutor tiene plenos poderes para administrar; no puede, sin embargo, aceptar una sucesión sino con autorización del consejo de familia, aunque dicha sucesión deba ser aceptada bajo beneficio de inventario (art. 461). Por la misma razón la mujer no puede aceptar una sucesión. Aceptar pura y simplemente es contraer la más peligrosa de las obligaciones, puesto que esto es obligarse indefinidamente al pago de las deudas del difunto. Aceptar bajo beneficio de inventario es también obligarse, puesto que el heredero beneficiario es responsable; y lo es para una administración que interesa, sobre todo, á los acreedores y legatarios. Esto es decisivo en cuanto á la mujer, puesto que no puede obligarse sino para la administración de sus bienes. (2)

316. ¿Puede la mujer separada de bienes aceptar una donación sin autorización de su marido ó de la justicia? El art. 217 responde á la cuestión; dispone que la mujer sepa-

1 Aubry y Rau, t. V, pág. 408, nota 78, pfo. 516. En sentido contrario. Zachariæ, cuyos editores habían adoptado al principio la misma opinión (véase Zachariæ, edición de Massé y Vergé, t. IV, pág. 150 y nota 65) y Marcadé, tomo V, pág. 595, núm. III del art 1449.

2 Aubry y Rau, t. V, pág. 409, pfo. 516 (4.ª edición).

rada no puede adquirir á título gratuito sin autorización. El art. 934 reproduce esta disposición en términos absolutos que excluyen toda distinción. Poco importa que la mujer se obligue ó no aceptando una donación; en principio, el donatario no se obliga, recibe un beneficio. Si no obstante la ley no permite á la mujer separada aceptar una liberalidad, es porque las buenas costumbres exigen que el marido intervenga, como lo hemos dicho en otro lugar. El interés de la moralidad lo domina todo. (1)

317. ¿La mujer separada de bienes puede pedir prestado? Aquellos que sólo tienen un poder de administración no pueden pedir prestado: la ley considera el empréstito como un acto de disposición cuando se trata del tutor y del menor emancipado (arts. 457 y 484). ¿Debe aplicarse el mismo principio á la mujer separada de bienes? Nó, su posición es enteramente especial. Al darle la libre administración de sus bienes, la ley la autoriza para ejercer el comercio ó la industria; y es difícil para un comerciante ó un industrial el no contraer empréstitos. Pedir prestado puede ser un acto de muy buena gestión, puesto que el crédito le da los medios para multiplicar sus operaciones y aumentar su fortuna. Se dirá que lo mismo sucede con el menor emancipado. Sí, pero con esta diferencia esencial entre él y la mujer separada: que el primero es incapaz por razón de su edad, mientras que suponemos á la mujer mayor de edad.

¿Quiere esto decir que se deba declarar á la mujer separada capaz para pedir prestado, cualquiera que sea el objeto del empréstito? Nó. Puede ser un acto relativo á la administración de sus bienes, en cuyo caso el empréstito será válido; pero si sólo sirve para favorecer las disipaciones de la mujer y sus gastos excesivos, el empréstito será nulo en virtud del principio general que prohibe á la mujer obligarse fuera de sus necesidades de administración. Por aplicación de estos principios, la Corte de París ha anulado un préstamo hecho á una mujer separada de bienes, porque no se justificaba que la suma prestada hubiera sido empleada en las necesidades de su administración: la mujer había sido provista de un consejo judicial por razón de sus grandes gastos. (1)

1 Aubry y Rau, *ibid.*, pág. 410, pfo. 516 [4.ª edición].

318. ¿Puede la mujer separada comprometerse por un tercero como caucionante? Basta presentar la cuestión en relación con el texto de la ley para resolverla. La ley limita á la administración de sus bienes la capacidad de la mujer para obligarse. ¿Administra ésta caucionando el compromiso de un tercero? Agreguemos que la caución es un acto de imprudencia, aun para una persona enteramente capaz. Esto basta para prohibirlo á la mujer separada, y de un modo absoluto. La jurisprudencia está en este sentido. (2) Ha sido sentenciado, por aplicación de este principio, que la mujer separada de bienes no puede caucionar la deuda de un tercero cuando no tiene ningún provecho que sacar de los valores ó mercancías por los que el tercero contrajo la obligación. (3)

Sin embargo, hay sentencias en sentido contrario. Fué sentenciado que la mujer separada de cuerpos pudo caucionar á su yerno quebrado por una suma de 3,000 francos; la caución, en el caso, tenía por objeto obtener la libertad del deudor. (4) Asímismo la Corte ha validado la caución de una mujer separada de bienes por la deuda de una hermana, y causada por alimentos y alojamiento. La sentencia comprueba que la deuda sólo formaba la sexta parte de las rentas de la mujer separada. (5) Este es el único motivo

1 París, 27 de Noviembre de 1857 (Dalloz, 1857, 2, 209). Colmet de Santerre, t. VI, pág. 259, núm. 101 *bis* X.
2 Denegada, 7 de Diciembre de 1829 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 1972).
3 Poitiérs, 3 de Febrero de 1858 (Dalloz, 1859, 2, 72).
4 París, 7 de Diciembre de 1824 (Dalloz, en la palabra *Quiebra*, núm. 389).
5 París, 23 de Agosto de 1825 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 1978).

dado por la Corte. Es claro que estas decisiones no son resoluciones de derecho, son sentencias por favor, en este sentido: que los jueces de hecho están inclinados por el favor de la causa, á sentenciar contra el rigor de los principios. La ciencia no debe tener en cuenta una jurisprudencia semejante.

319. Ha sido resuelto que la mujer separada de bienes puede contraer una sociedad en comandita. (1) Los compromisos que contrae un asociado sobrepasan con mucho del límite estrecho de la administración por la que se permite á la mujer á que se obligue.

La Corte de París ha sentenciado que toda sociedad de bienes contratada entre marido y mujer era radicalmente nula. (2) ¿No es esto demasiado absoluto? Cuando la mujer contrata con su marido éste la autoriza necesariamente. No se está, pues, en el caso del art. 1,449 que supone actos hechos por la mujer sin autorización marital. La cuestión está, pues, en saber si la mujer puede contraer una sociedad con autorización. La afirmativa no es dudosa cuando la mujer se asocia con un tercero; ¿por qué, pues, no había de poder hacerlo con su marido? Ninguna ley prohibe á los esposos contratar juntos. La Corte de París dice que los esposos no pueden asociarse sino por la vía de la comunidad legal ó convencional. Esto es confundir la comunidad con la sociedad ordinaria, y la diferencia es grande: la primera es una consecuencia del matrimonio y es irrevocable como todas las convenciones matrimoniales; la otra sólo tiene un objeto particular y una duración pasajera. La sociedad entre esposos nada tiene de común con el orden público; los esposos tienen en ella derechos iguales, mientras que la desigualdad reina en la sociedad conyugal. Se teme que bajo el nombre de sociedad ordinaria los esposos separados restablezcan la

1 París, 19 de Enero de 1838 (Dalloz, *ibid.*, núm. 1989).
2 París, 24 de Marzo de 1870 (Dalloz, 1872, 2, 43).

comunidad, sin observar las formas y condiciones prescriptas por la ley. Contestaremos que en derecho la comunidad subsistirá, y si los esposos hacen fraude á sus acreedores, se entiende que éstos tendrán derecho de promover en nulidad.

320. Se ha presentado una cuestión más extraña y que demuestra uno de los desórdenes de nuestro estado social. Una mujer separada de bienes jugaba en la Bolsa; comprometió toda su fortuna, cerca de 300,000 francos, y se arruinó. ¿Fueron válidos sus compromisos? Se dijo que sí, pues jugar en la Bolsa es vender, no es obligarse, puesto que la mujer tenía el dinero necesario para pagar los valores que compraba. Esto es muy precioso, y si se atenía uno á la letra de la ley, que permite á la mujer disponer de sus muebles y enajenarlos, habría que decir que la mujer puede también vender sus acciones en la Bolsa. ¿Pero será esto lo que la ley entendió autorizar? La mujer que juega en la Bolsa especula, se entrega á la más peligrosa de las especulaciones. No es esto lo que le permite la ley: puede enajenar, no puede jugar. La Corte de Casación se pronunció en este sentido. (1)

V. De la incapacidad de la mujer separada de bienes.

1. Cuáles actos no puede hacer la mujer.

321. La separación de bienes deja subsistir el matrimonio y todas las obligaciones que de él nacen. Luego la mujer permanece bajo el poder marital; por consiguiente, no puede, en principio, hacer ningún acto jurídico sin autorización. Este principio es de orden público y es de la esencia del matrimonio; la ley lo consagra como una regla general en el art. 217. Por esto es que este artículo dice: «La mujer, aun no común ó *separada de bienes*, no puede dar, enajenar, etc.» Sin embargo, la separación de bienes deroga

1 Denegada, 30 de Diciembre de 1862 (Dalloz, 1863, 1, 40).

dado por la Corte. Es claro que estas decisiones no son resoluciones de derecho, son sentencias por favor, en este sentido: que los jueces de hecho están inclinados por el favor de la causa, á sentenciar contra el rigor de los principios. La ciencia no debe tener en cuenta una jurisprudencia semejante.

319. Ha sido resuelto que la mujer separada de bienes puede contraer una sociedad en comandita. (1) Los compromisos que contrae un asociado sobrepasan con mucho del límite estrecho de la administración por la que se permite á la mujer á que se obligue.

La Corte de París ha sentenciado que toda sociedad de bienes contratada entre marido y mujer era radicalmente nula. (2) ¿No es esto demasiado absoluto? Cuando la mujer contrata con su marido éste la autoriza necesariamente. No se está, pues, en el caso del art. 1,449 que supone actos hechos por la mujer sin autorización marital. La cuestión está, pues, en saber si la mujer puede contraer una sociedad con autorización. La afirmativa no es dudosa cuando la mujer se asocia con un tercero; ¿por qué, pues, no había de poder hacerlo con su marido? Ninguna ley prohibe á los esposos contratar juntos. La Corte de París dice que los esposos no pueden asociarse sino por la vía de la comunidad legal ó convencional. Esto es confundir la comunidad con la sociedad ordinaria, y la diferencia es grande: la primera es una consecuencia del matrimonio y es irrevocable como todas las convenciones matrimoniales; la otra sólo tiene un objeto particular y una duración pasajera. La sociedad entre esposos nada tiene de común con el orden público; los esposos tienen en ella derechos iguales, mientras que la desigualdad reina en la sociedad conyugal. Se teme que bajo el nombre de sociedad ordinaria los esposos separados restablezcan la

1 París, 19 de Enero de 1838 (Dalloz, *ibid.*, núm. 1989).
2 París, 24 de Marzo de 1870 (Dalloz, 1872, 2, 43).

comunidad, sin observar las formas y condiciones prescriptas por la ley. Contestaremos que en derecho la comunidad subsistirá, y si los esposos hacen fraude á sus acreedores, se entiende que éstos tendrán derecho de promover en nulidad.

320. Se ha presentado una cuestión más extraña y que demuestra uno de los desórdenes de nuestro estado social. Una mujer separada de bienes jugaba en la Bolsa; comprometió toda su fortuna, cerca de 300,000 francos, y se arruinó. ¿Fueron válidos sus compromisos? Se dijo que sí, pues jugar en la Bolsa es vender, no es obligarse, puesto que la mujer tenía el dinero necesario para pagar los valores que compraba. Esto es muy precioso, y si se atenía uno á la letra de la ley, que permite á la mujer disponer de sus muebles y enajenarlos, habría que decir que la mujer puede también vender sus acciones en la Bolsa. ¿Pero será esto lo que la ley entendió autorizar? La mujer que juega en la Bolsa especula, se entrega á la más peligrosa de las especulaciones. No es esto lo que le permite la ley: puede enajenar, no puede jugar. La Corte de Casación se pronunció en este sentido. (1)

V. De la incapacidad de la mujer separada de bienes.

1. Cuáles actos no puede hacer la mujer.

321. La separación de bienes deja subsistir el matrimonio y todas las obligaciones que de él nacen. Luego la mujer permanece bajo el poder marital; por consiguiente, no puede, en principio, hacer ningún acto jurídico sin autorización. Este principio es de orden público y es de la esencia del matrimonio; la ley lo consagra como una regla general en el art. 217. Por esto es que este artículo dice: «La mujer, aun no común ó *separada de bienes*, no puede dar, enajenar, etc.» Sin embargo, la separación de bienes deroga

1 Denegada, 30 de Diciembre de 1862 (Dalloz, 1863, 1, 40).

en cierto sentido el poder marital permitiendo á la mujer separada el hacer sin autorización los actos de administración y enajenar sus muebles. Esto es una excepción que confirma la regla y que, por su naturaleza, es de la más estricta interpretación, puesto que se trata de la derogación de una regla de orden público. Luego, fuera de los actos de administración y de las enajenaciones, la mujer queda incapaz.

322. «La mujer no puede litigar en juicio sin autorización de su marido, aunque fuese no común ó separada de bienes» (art. 215). Ninguna disposición del Código deroga esta incapacidad absoluta para litigar, ya sea demandando, ya defendiéndose. Hemos dado las razones de esto en otro lugar. La mujer puede administrar libremente; pero si se presenta un proceso á propósito de un acto de administración debe estar autorizada para sostenerlo. Se ha pretendido que la mujer separada de cuerpos no tiene ya necesidad de esta autorización, porque de hecho la intervención del marido sólo sería una cuestión de forma. Puede ser, pero en derecho no hay ninguna diferencia entre la mujer separada de cuerpos y la mujer separada de bienes: una y otra están bajo potestad marital, una y otra tienen, pues, necesidad de estar autorizadas para litigar. (1)

La falta de autorización arrastra una incapacidad radical; la mujer puede oponer esta excepción en cualquier estado de la causa, aun ante la Corte de Casación; esto está fundado en razón como en derecho; la mujer no está capaz para litigar en casación como no lo está para litigar en apelación ó en primera instancia. (2)

323. ¿Puede la mujer separada comprometer? Según el Código de Procedimientos, «cualquiera persona puede comprometer en los derechos de que tiene libre disposición.» ¿Debe concluirse de esto que la mujer separada de bienes

1 Casación, 6 de Marzo de 1827 (Dalloz, en la palabra *Apelación Civil*, número 1094).

2 Casación, 13 de Noviembre de 1844 (Dalloz, 1845, 1, 33).

puede comprometer en sus derechos muebles y no lo puede en sus derechos inmuebles? Nó, pues el art. 1,004 agrega que «no puede comprometerse en ninguna contestación que fuese sujeta á comunicación al Ministerio Público;» y el artícula 83 declara comunicables las causas de las mujeres no autorizadas por sus maridos. Luego la mujer no puede comprometer en sus derechos muebles, pues es precisamente en estos derechos en los que puede tratar sin autorización. Hemos dicho, en el título de la *Tutela*, por qué la ley no autoriza el compromiso en los procesos que deben ser comunicados al Ministerio Público.

324. Según el art. 1,449, «la mujer no puede enajenar sus inmuebles sin el consentimiento de su marido ó sin estar autorizada por la justicia cuando éste se niega.» ¿Por qué mantiene la ley la incapacidad de la mujer para la enajenación de sus inmuebles mientras que le permite disponer de sus muebles sin autorización? No hay razón jurídica para esta diferencia; en derecho, la disposición del mobiliar y la disposición de los inmuebles son actos idénticos; habría, pues, lugará distinguirlos bajo el punto de vista de la capacidad de la mujer, sólo por el valor que tienen los muebles y los inmuebles. Antaño, la diferencia entre la riqueza mobiliar y la riqueza inmobiliar era enorme; se conoce aquel viejo adagio: *Vilis mobilium possessio.* Las cosas mucho han cambiado. Acabamos de citar un caso en el que la fortuna de la mujer por 300,000 francos era enteramente mobiliar; hubiera podido disponer de todos sus derechos por enajenación, mientras que no hubiera podido enajenar sin autorización el menor pedazo de terreno. Falta harmonía entre la legislación y nuestro estado social. Lo señalamos al legislador.

El art. 1,449 dice que la mujer no puede *enajenar* sus inmuebles sin estar autorizada para ello. Este principio recibe su aplicación nó sólo á la total enajenación sino también á

la enajenación parcial; es decir, á la constitución de derechos reales; la mujer no puede, pues, hipotecar ni gravar sus bienes con servidumbres ó con un derecho de enfiteusis ó de superficie. El Código lo dice para las hipotecas (art. 2,124, y Ley Hipotecaria, art. 73): "Las hipotecas sólo pueden ser consentidas por aquellos que tienen capacidad para enajenar los inmuebles que gravan." Lo mismo sucede con todo desmembramiento de la propiedad. Síguese también del principio establecido por el art. 1,449, que la mujer no puede transar en derechos inmobiliares: esto es la aplicación del art. 2,045

2. Responsabilidad del marido.

325. La mujer enajena un inmueble con autorización de su marido ó de la justicia. Se pregunta si el marido será responsable por la falta de empleo ó de reemplazo. El empleo consiste en colocar el dinero procedente de la venta; el reemplazo se hace comprando otro inmueble. En principio, debe decidirse que el marido no es garante de la falta de empleo ó de reemplazo. La razón es sencilla y decisiva. Hacer un empleo de sus rentas ó de un capital, es administrar; y es igualmente administrar el comprar un inmueble con el dinero procedente de la venta de otro inmueble. Y, según la separación de bienes, la mujer es la que administra su patrimonio; á ella, pues, toca colocar sus capitales; el marido ni siquiera tiene el derecho de intervenir, puesto que la mujer administra libremente; es decir, que está libertada de la potestad marital para los actos de administración que puede hacer. Sería absurdo hacer al marido responsable de una gestión á la que es extraño.

Sin embargo, hay casos en los que el marido es responsable por la falta de empleo ó de reemplazo. El art. 1,450 los enumera, pero hay grandes controversias acerca de la interpretación de esta disposición. Según el texto, debe distinguirse si la mujer fué autorizada por el marido ó por la justicia.

326. "El marido no es garante por la falta de empleo ó reemplazo del precio de un inmueble que la mujer separada ha enajenado bajo autorización judicial" (art. 1,450). Esta es la aplicación de nuestro principio. El marido que niega su autorización declara por esto mismo que quiere permanecer extraño á lo que ésta hace. De derecho no interviene en la venta, ni siquiera para cubrir la incapacidad de la mujer; ésta es la que vende sola; ella es quien debe hacer el empleo del precio. Si la mujer está libre esto es á sus riesgos: la libertad tiene como consecuencia necesaria la responsabilidad.

Después de haber sentado la regla, el art. 1,450 agrega tres excepciones. El marido es responsable por la falta de empleo ó reempazo, primero cuando *concurrió al contrato.* Concurrir al contrato es ser parte en el acta. Es en este sentido como el art. 217 dice que el marido autoriza tácitamente á la mujer para que haga el acta en la que *concurre él.* En el caso previsto por el art. 1,450, el marido no concurre al acto para autorizar á su mujer, pues la ley supone que la mujer está autorizada por la justicia; si concurre es porque pretende inmiscuirse en la gestión. La mujer tendría derecho para desechar su concurso, pues ella es libre y el marido no tiene que meterse en su administración. Pero se comprende que la mujer, siempre bajo potestad marital, no ponga oposición y deje obrar á su marido. ¿Cuál será la consecuencia de esta inmisión del marido? Interviene en la administración de la mujer, luego debe ser responsable. ¿Se deberá agregar que la ley presume que el marido concurre á la venta para recibir el precio y emplearlo en su provecho? Puede que así sea, pero la ley no lo dice, no establece ninguna presunción inúti'; basta que el marido intervenga en la administración para que esté

obligado á cuidar de los intereses de la mujer; si no lo hace tiene que ser responsable.

Según el art. 1,450, el marido también es garante de la falta de empleo ó reemplazo del precio del inmueble «cuando queda probado que él recibió el dinero del precio.» El marido separado no tiene derecho de recibir el precio; la mujer es la que recibe lo que se le debe, pues esto es un acto de administración, y la mujer administra libremente. Al recibir el precio el marido usurpa el derecho de la mujer, administra ilegalmente; desde luego debe responder por su inmisión. Cuando administra legalmente es responsable; con mayor razón debe serlo cuando lo hace ilegalmente. Poco importa cuáles sean sus intenciones; la ley nada presume. Puede ser que el marido intervenga por interés propio; razón más para declararlo responsable; puede ser también que intervenga por interés de la mujer; debe también responder por su intervención si no ésta pudiera ser nociva á la mujer.

En fin, el marido es garante de la falta de empleo ó de reemplazo cuando consta que el dinero procedente de la venta fué aprovechado por él. La ley supone que el marido no ha concurrido á la venta y que no recibió el precio; lo declara, no obstante, responsable si consta que el dinero fué empleado en provecho suyo. Bajo el régimen de la separación de bienes, el marido no tiene ningún derecho al precio, ni siquiera el de gozar de él; la mujer es quien dispone del precio y tiene el libre goce de él. Si, pues, el precio está empleado en provecho del marido éste quita á su mujer el provecho que debiera sacar del empleo de su dinero; es justo que responda de las consecuencias de su hecho.

327. Cuando el marido no concurre al acto y es responsable por haber recibido el precio, ó porque éste fué aprovechado por él, la ley dice que el hecho de donde procede la responsabilidad debe probarse Esto es porque de derecho común el marido no es responsable, sólo lo es por haberse inmiscuido en la gestión; este hecho es ilegal en el sentido de que el marido hace lo que sólo la mujer tiene derecho de hacer. Aquel que pretenda que el marido recibió el precio ó que lo aprovechó, debe probar lo que adelanta; esto es el fundamento de la demanda de responsabilidad, y el demandante debe, siempre, probar el hecho en el cual funda su demanda. ¿Cómo hará esta prueba el demandante? Según el derecho común, puesto que la ley no lo deroga. Queda por saber cuál es este derecho común. ¿La prueba testimonial y las presunciones son de admitirse? La afirmativa no es dudosa cuando son terceros acreedores los que promueven, pues han estado en la imposibilidad de procurarse una prueba literal del hecho que alegan. ¿Pero qué debe decidirse si la mujer ejerce la acción de garantía? Creemos que la solución debe ser la misma: si el marido, quien comienza con negar su autorización y se abstiene de concurrir al acto, recibe, no obstante, el precio, ó si el precio se emplea en provecho suyo, comete una usurpación de los derechos de la mujer; esto es un hecho ilegal, un hecho perjudicial, luego un cuasidelito, y éstos se prueban por testigos y presunciones. En vano se diría que la mujer puede pedir un recibo á su marido, éste cuidará de no hacer constar el cuasidelito que da apertura en su contra á una acción de responsabilidad. (1)

328. El segundo inciso del art. 1,450 prevee el caso en el cual la venta se hace sin autorización del marido; dice: «El marido es garante de la falta de empleo ó de reemplazo si la venta ha sido hecha en su presencia y con su consentimiento.» El *consentimiento* es la autorización que da el marido á su mujer para enajenar; la *presencia* es el concurso, la intervención del marido en el acto de la venta. Como la ley exige la presencia y el consentimiento, debe de-

1 Aubry y Rau, t. V, pág. 407 y nota 74, pfo. 516 (4.ª edición).

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

cirse que la autorización sola no basta para que sea responsable. El texto del art. 1,450 está en harmonía con el espíritu de la ley. ¿Por qué debe el marido autorizar la venta? Para hacer constar que la enajenación del inmueble es necesaria ó útil para la mujer. La autorización cubre la incapacidad de la mujer: ésta, ya autorizada, es enteramente capaz; puede vender. Después de haber vendido, recibe el precio; recibir el precio no es ya un acto de disposición, es un acto de administración que la mujer tiene calidad de hacer sin autorización de su marido. Después hay que hacer el empleo ó el reemplazo del precio; la colocación de los capitales de la mujer es también un acto de administración, lo hace libremente; es decir, sin la intervención del marido. Por lo tanto, el marido no pudiera ser responsable por la falta de empleo ó de reemplazo, así como por ningún acto de administración, cuando se limita á autorizar á la mujer para que venda. En efecto, esta autorización sólo se da para la venta, es extraña á lo que sigue; la mujer recibe el precio y lo coloca en virtud de su poder de administración; y cuando ella es quien administra, se comprende que el marido no puede ser responsable si ella administra mal. En difinitiva, el marido que autoriza, no administrando no puede ser responsable, como no lo es el tribunal que autoriza á la mujer para que venda, pues la autorización es un solo y mismo hecho jurídico, ya sea que proceda del marido ó de la justicia. Por esto es que la ley exige la *presencia* del marido en la venta para que sea garante por la falta de reemplazo ó de empleo. Concurrir á la venta no es ya autorizarla, puesto que el marido consintió ya en que enajene la mujer; é intervenir en la venta es administrar, y el marido que administra de hecho es responsable, como lo acabamos de decir en la hipótesis en la cual la mujer vende con autorización de la justicia (núm. 326).

329. La mayor parte de los autores declaran al marido

responsable por el solo hecho de autorizar la venta, aunque no haya estado presente en el acto. Que esta interpretación es contraria al texto del art. 1,450, eso es de evidencia, pues ella quita de la ley las palabras *en su presencia*. ¿Tienen los intérpretes el derecho de mutilar ó de corregir la ley? Se concibiría que no tuviesen en cuenta una palabra cuando esta no tiene ningún sentido ó cuando implica algún error que no puede suponerse en los autores del Código. En el caso, los intérpretes, colocándose más allá de la ley, se ponen igualmente en oposición con su espíritu; es decir, con los principios generales del derecho. Se trata de saber si el marido es responsable de la falta de empleo ó de reemplazo por el solo hecho de autorizar á la mujer para que venda. Y es de principio que aquel que autoriza no se obliga. Nada hay más racional que este antiguo adagio. Aquel que autoriza interviene para habilitar á un incapaz, y la autorización cubre la incapacidad haciendo al incapaz hábil para hacer el acto para el cual obtuvo la autorización; de parte de quien autorice no hay ninguna intención de obligarse: ¿y puede uno obligarse sin querer? La justicia no se obliga seguramente al autorizar á la mujer para enajenar; ¿por qué había el marido de ser responsable cuando él da dicha autorización?

Se objeta la tradición y se cita á Pothier como autoridad en apoyo de la opinión que declara al marido responsable por el solo hecho de haber autorizado. (1) En verdad Pothier y la tradición atestiguan contra aquellos que los invocan. El marido autorizó á su mujer para que vendiera un inmueble; ningún empleo se hizo con el precio: ¿estará obligado el marido hacia su mujer y sus herederos ¿Esta es una disputa entre los autores, contesta Pothier; después expone los motivos de ambas opiniones. La jurisprudencia estaba dividida como la doctrina; se citaban dos sentencias que hacían

1 Aubry y Rau, t. V, págs. 406 y 407, notas 72 y 73, pfo. 516.

al marido responsable, mientras otra sentencia había resuelto que no lo era. ¿Qué decide Pothier? Trata de conciliar ambas opiniones y hé aquí cómo. Cuando la mujer ha vendido su herencia, el marido que la autorizó está obligado por la falta de empleo ó de reemplazo *si se sospecha que haya aprovechado*; y en el caso de las dos sentencias que habían declarado al marido responsable, se sospechaba que hubiese aprovechado el precio; el autor de las *Compilaciones*, quien fué uno de los jueces, lo hace constar así. Por el contrario, cuando el marido *no es sospechoso de haber aprovechado el precio*, no es responsable: tal era el caso de la sentencia en que fué resuelto que el marido no era garante; el autor de las *Compilaciones* hace constar que habiendo los esposos vivido en mala inteligencia desde la separación de bienes, el marido no podía ser sospechoso de haber aprovechado el precio; la mujer confesaba por otra parte que ella había comprado acciones que se habían vuelto nada: esta es la expresion de Pothier. (1)

Tal es la doctrina de Pothier; resulta bien claramente de ella que el solo hecho de autorizar la venta no hacía responsable al marido; lo que es decisivo. Pothier exigía además que el marido fuese *sospechoso de haber aprovechado del precio*. Esto era una condición de hecho que decidía el juez. La responsabilidad del marido dependía, pues, de las circunstancias de la causa y de la apreciación del juez. Este era el espíritu del derecho antiguo, el dejar gran latitud á los tribunales; el espíritu de nuestra nueva legislación es enteramente diferente. Los autores del Código Civil no han reproducido esta condición de *presunción*, sin duda por ser demasiado vaga y porque se presta demasiado á la arbitrariedad del magistrado: la han reemplazado por la condición de *presencia* en contrato de venta, hecho material que es fácil comprobar. ¿Es esto una presunción de que el maridoha aprovechado el precio? La ley no dice esto y nadie nos autoriza á interpretarla así. Desde que el marido está presente es responsable. Si recibió el precio y si lo aprovechó es justo que responda de él. Si no aprovechó del precio, será garante, no obstante, pues intervino en la administración, y desde que administra es responsable.

1 Pothier, *De la comunidad*, núm. 605.

330. Cada autor tiene su explicación. Los editores de Zachariæ dicen que la causa principal de la responsabilidad del marido procede de los deberes ligados á la autoridad marital. Olvidan que dicha potestad no está ya completa después de la separación de bienes; la mujer está libre de ella en lo que se refiere á la administración de sus bienes: los administra libremente, el marido no tiene derecho de intervenir en su gestión; y colocar el precio es un acto de administración; ¿quién debe responder de él? La mujer que tiene el derecho de hacerlo y no el marido que no lo tiene y que se limitó á dar á su mujer la autorización para vender. Aubry y Rau están en oposición con la tradición. Pothier no declara al marido responsable por el solo hecho de que autorizaba á su mujer para enajenar; exigía que el marido fuese sospechoso de haber aprovechado el precio. Los autores del Código Civil han reemplazado esta condición por la de la presencia del marido en el acta; que se explique esta condición como se quiera, lo seguro es que la potestad marital sola no justifica la responsabilidad del marido, pues éste hace acto de autoridad al autorizar la venta, pero no lo hace concurriendo á la enajenación; se entromete, al contrario, en los asuntos de la mujer, y es por esto por lo que la ley lo declara responsable (1)

Troplong dice que «los espíritus *formalistas* hacen notar que la ley *parece* exigir la doble condición de presencia del

1 Compárese Colmet de Santerre (t. VI, pág. 262, núms. 102 *bis* II y III) quien hace una serie de suposiciones y después arguye en ellas como si fueran textos de la ley.

marido en el acta y su consentimiento.» *¡La ley parece exigir!* Nó, no parece exigir; ella es tan clara como es posible, *ella exige*; si, pues, alguien es culpable de *formalismo* es el legislador; y el deber del intérprete, sobre todo cuando este intérprete es Primer Presidente de la Corte de Casación, ¿no es el de hacer que se respete la ley? Troplong agrega que mucho se cuida de tener estos *escrúpulos*. Decide, como si fuera legislador, que el consentimiento del marido basta para hacerlo responsable. ¿Y qué hace con el texto? ¡Escrúpulo vano! De un texto positivo hace una *semejanza* de texto. Después lo interpreta á su antojo: «El marido sólo presta su autorización en esperanza de aprovechar del precio.» ¿Quién dice esto? ¿La ley? Nó, sólo habla de la *presencia* del marido. Es, pues, el intérprete quien, después de haber mutilado la ley, la explica por presunciones que sólo él imaginó. ¿No se llama esto hacer la ley? (1)

¿Se quiere la prueba? Una sentencia de la Corte de Casación consagra la opinión que acabamos de combatir; se lee en ella: «Según el art. 1,450, el marido es garante por la falta de empleo del bien dotal enajenado con su concurso, y la autorización dada por él para esta enajenación supone su concurso, ya porque haya asistido al acto, ya sea que no haya asistido.» (2) Los términos del art. 1,450 no dicen seguramente esto, dicen todo lo contrario: «El marido es garante de la falta de empleo ó de reemplazo si la venta ha sido hecha en su presencia y con su consentimiento.» Nosotros preferimos el Código Napoleón al Código que hacen los intérpretes.

331. Después de haber combatido á nuestros adversarios es menester combatir también á los autores cuya opinión seguimos, Marcadé cuando menos; nosotros no podemos admitir los motivos que da este autor en apoyo de nuestra

1 Troplong, t. I, pág. 419, núm. 1447.
2 Denegada, 1.° de Mayo de 1848 (Dalloz, 1848, 1, 220).

doctrina; son presunciones arbitrarias que se prestan á la crítica y que debilitan lo que creemos ser la verdadera interpretacion de la ley, en lugar de fortificarla. La responsabilidad del marido está fundada, según Marcadé, en la presunción de haber recibido el precio. Habría, pues, presunción legal cuando el marido que autoriza á su mujer para enajenar y está presente á la venta recibe el precio. Hemos dicho muchas veces que los autores abusan de las presunciones y que las crean para las necesidades de su causa. Esto es un ejemplo más. ¿En el 2.° inciso del art. 1,450 se trata de recepción del precio y establece la ley una presunción que substituya la prueba de que el marido haya recibido dicho precio? Ni una palabra hay en el texto que deje sospechar una presunción. ¿Y cuáles son los caracteres que debe tener una presunción legal? El art. 1,350 dice: «La presunción legal es la que está ligada por una *ley especial* á *ciertos actos* ó á *ciertos hechos*.» ¿Cuáles son los actos ó los hechos á los que el art. 1,450 liga una presunción? Bien vemos un *acto* y un *hecho*: el consentimiento del marido y su presencia en el acta; pero ¿dónde está la consecuencia que saca la ley de estos hechos para inducir que el marido recibió el precio? La ley queda muda respecto de esta pretendida consecuencia; ¡habría, pues, presunciones fundadas en el silencio de la ley, cuando ésta exige una ley especial para que haya presunción legal! Pero ni siquiera son necesarias estas presunciones para explicar la ley. El legislador es muy parco de presunciones, y con razón, pues esto es substituir el razonamiento á una prueba. ¿Era necesario, en el caso, recurrir á presunciones? Los principios son de extremada sencillez: el marido es responsable cuando administra ó cuando interviene en la administración; é interviene en ella cuando concurre á la venta por su presencia en el acta. Su presencia basta, pues, para que sea garante por la falta de empleo ó de reemplazo.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

332. Si se admite nuestra explicación no hay ya ninguna dificultad en la aplicación de la ley. ¿Se pregunta si el marido puede libertarse de la responsabilidad probando que la mujer recibió el precio? En nuestra opinión ni siquiera puede presentarse la cuestión. Si el marido es responsable no es porque él recibió el precio, es porque intervino en la administración de los bienes de la mujer, asistiendo á una venta en la que su presencia como marido no está requerida. ¡Poco importa, pues, que la mujer haya recibido el precio! No por eso deja de haber inmisión del marido y, por lo tanto, responsabilidad. Si Marcadé dice lo contrario esta es una consecuencia de la presunción que él ha imaginado para explicar la ley. Hé aquí á lo que conducen los errores, siempre preñados de consecuencias erróneas. (1)

333. El art. 1,450 dice que el marido no es garante de la utilidad del empleo ó del reemplazo. La razón está en que quien hace la colocación es la mujer, puesto que el empleo ó el reemplazo es un acto de administración; y la mujer administra libremente, debe aceptar la libertad con su consecuencia: la responsabilidad. (2) Sin embargo, esta resolución de ley no está al abrigo de toda crítica. Cuando la mujer, usando de su poder, administra libremente es justo que ella sea responsable. Pero si el marido interviene en la administración ya no es la mujer quien gestiona, es el marido; luego el marido debería ser responsable de todas las consecuencias del acto en el que se ha inmiscuido. Nada le importa á la mujer que haya empleo si el empleo que de hecho fué aconsejado por el marido le salió desventajoso. Si la ley obliga al marido á que vigile el empleo debería también obligarlo á cuidar de que el empleo sea útil.

Diciendo que el marido no es responsable de la utilidad del empleo, la ley supone que es la mujer quien hizo dicho

1 Aubry y Rau, t. V, págs. 406 y siguientes, pfo. 516 (4ª edición).
2 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 264, núm. 102 *bis* IV.

empleo; aunque lo hubiese hecho por consejo de su marido éste no sería responsable, puesto que, siendo libre, no está obligada á seguir los consejos que le da su marido. Pero si el marido hiciese el empleo sin el concurso de la mujer y sin mandato suyo, sería responsable. Esta es la aplicación del principio que domina esta materia: desde que el marido administra es responsable. (1)

334. ¿A quién debe pagar el adquirente? En principio sólo la mujer tiene calidad para percibir el pago del precio, puesto que esto es un acto de administración y que la mujer administra libremente. Se admite, sin embargo, que el marido, para cubrir su responsabilidad, puede oponerse á que el adquirente pague fuera de su presencia. Se concibe esto en la opinión que hace responsable al marido por el solo hecho de autorizar á su mujer para enajenar; al autorizarla, él ejerce un derecho y cumple con un deber; debe, también, tener el derecho de poner su responsabilidad á cubierto cuando ésta resulta del ejercicio de un derecho legal. En nuestra opinión el marido no es responsable por causa de la autorización que le da á su mujer para que ésta enajene, lo es sólo cuando de hecho interviene en la administración de los bienes; y no tiene derecho de intervenir en ella; su intervención es un hecho, una usurpación del derecho de la mujer, y una usurpación no puede autorizar á otra. Es seguro que, apesar de la oposición del marido, la mujer podía obligar al deudor á que le pagase y, por consiguiente, el comprador también podría pagar el precio á la mujer. El marido se colocó en una posesión ilegal: ¡que sufra sus consecuencias!

335. Se enseña también que el marido ó la justicia, al autorizar á la mujer para enajenar, pueden agregar la condición que la mujer hará un empleo determinado del precio,

1 Durantón, t. XIV, pág. 564, núm. 429. Aubry y Rau, t. V, pág. 407, párafo 516.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

y se concluye de esto que esta condición es obligatoria para el adquirente. Esto nos parece dudoso: hacer un empleo ó reemplazo del precio es un acto de administración, y la mujer tiene derecho para administrar libremente; este derecho se liga á su estado y á su capacidad; es, pues, de orden público. ¿Puede acaso el marido limitar la capacidad que la ley da á la mujer separada de bienes? Los tribunales, guardianes de los derechos de que goza la mujer, ¿pueden estorbar el ejercicio de sus derechos? Las leyes de orden público no pueden ser modificadas por los particulares ni por los tribunales. Se puede criticar el Código porque concedió á la mujer una libertad demasiado grande, pero no pertenece al marido ni al juez el limitarla. (1)

Núm. 4. Retroacción de la separación.

I. El principio.

336. Según el art. 1,445, «la sentencia que pronuncia la separación de bienes retrotrae, en cuanto á sus efectos, al día de la demanda.» La separación existe, pues, con todos sus efectos desde el día en el cual la mujer introdujo su demanda ante la justicia; desde aquel día la comunidad está disuelta; lo está no sólo entre los esposos sino también para con los terceros. Este último punto ha sido contestado, pero malamente. Las relaciones entre el marido y la mujer interesan á los terceros tanto como á los mismos esposos; por esto es que las convenciones matrimoniales tienen efecto para con los terceros. Y la separación de bienes establece un nuevo régimen entre los esposos: ¿puede concebirse que haya nuevo régimen entre los esposos desde la demanda, y que haya comunidad para con los terceros? Esto es una imposibilidad lógica y jurídica; la mujer cambia de estado, se hace capaz para los actos de administración, está libertada

1 En sentido contrario, en todos estos puntos, Aubry y Rau, t. V, págs. 407 y siguientes, pfo. 516.

de la potestad marital á este respecto: ¿puede concebirse que sea capaz para con su marido é incapaz para con los terceros? El marido deja de ser señor y dueño de la comunidad, deja de ser administrador de los bienes de la mujer. ¿Se concibe que aun haya comunidad para con los terceros cuando ya no existe para con los esposos? El mismo texto del Código se resiste á esta extraña opinión; prescribe la publicidad de la demanda de separación: ¿es esto por interés de los esposos? Nó, seguramente. Es por interés de los terceros; esto implica que la separación, á consecuencia de su retroacción de la sentencia, existe para con los terceros desde el momento de la demanda. (1)

Se tiene dificultad en entender que una opinión que tiene contra sí el texto y el espíritu de la ley haya encontrado eco ante las cortes. (2) Creemos inútil discutir decisiones que son tan evidentemente erróneas. Aquí está permitido hablar de error y de evidencia, pues el art. 1,445 no deja ninguna duda; el texto está concebido en los términos más generales, y el espíritu de la ley está igualmente incontestable, puesto que no hay ningún motivo para distinguir entre esposos y terceros; para decir mejor, la distinción es impracticable, como acabamos de decirlo.

337. ¿Cuál es el motivo de la retroacción establecida por el art. 1,445? Importa establecerla con certeza, porque la Corte de Casación se equivocó en ella y llegó á consecuencias tan erróneas como el principio que les sirve de fundamento. Regla general: toda sentencia retrotrae. La razón es que, desde luego, la demanda debe obtener desde el día del pedimento cuanto hubiese obtenido si las delaciones necesarias al procedimiento no retardasen necesariamente la

1 Toullier, t. VII, 1, pág. 97, núms. 100-102. Marcadé, t. V, pág. 592, número I del art. 1449. Aubry y Rau, t. V, pág. 400, nota 45.

2 Riom, 31 de Enero de 1826, y Rouen, 9 de Agosto de 1839 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núms. 1941 y 1942). En sentido contrario, Burdeos, 11 de Mayo de 1843 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 1940).

y se concluye de esto que esta condición es obligatoria para el adquirente. Esto nos parece dudoso: hacer un empleo ó reemplazo del precio es un acto de administración, y la mujer tiene derecho para administrar libremente; este derecho se liga á su estado y á su capacidad; es, pues, de orden público. ¿Puede acaso el marido limitar la capacidad que la ley da á la mujer separada de bienes? Los tribunales, guardianes de los derechos de que goza la mujer, ¿pueden estorbar el ejercicio de sus derechos? Las leyes de orden público no pueden ser modificadas por los particulares ni por los tribunales. Se puede criticar el Código porque concedió á la mujer una libertad demasiado grande, pero no pertenece al marido ni al juez el limitarla. (1)

Núm. 4. Retroacción de la separación.

I. El principio.

336. Según el art. 1,445, «la sentencia que pronuncia la separación de bienes retrotrae, en cuanto á sus efectos, al día de la demanda.» La separación existe, pues, con todos sus efectos desde el día en el cual la mujer introdujo su demanda ante la justicia; desde aquel día la comunidad está disuelta; lo está no sólo entre los esposos sino también para con los terceros. Este último punto ha sido contestado, pero malamente. Las relaciones entre el marido y la mujer interesan á los terceros tanto como á los mismos esposos; por esto es que las convenciones matrimoniales tienen efecto para con los terceros. Y la separación de bienes establece un nuevo régimen entre los esposos: ¿puede concebirse que haya nuevo régimen entre los esposos desde la demanda, y que haya comunidad para con los terceros? Esto es una imposibilidad lógica y jurídica; la mujer cambia de estado, se hace capaz para los actos de administración, está libertada

1 En sentido contrario, en todos estos puntos, Aubry y Rau, t. V, págs. 407 y siguientes, pfo. 516.

de la potestad marital á este respecto: ¿puede concebirse que sea capaz para con su marido é incapaz para con los terceros? El marido deja de ser señor y dueño de la comunidad, deja de ser administrador de los bienes de la mujer. ¿Se concibe que aun haya comunidad para con los terceros cuando ya no existe para con los esposos? El mismo texto del Código se resiste á esta extraña opinión; prescribe la publicidad de la demanda de separación: ¿es esto por interés de los esposos? Nó, seguramente. Es por interés de los terceros; esto implica que la separación, á consecuencia de su retroacción de la sentencia, existe para con los terceros desde el momento de la demanda. (1)

Se tiene dificultad en entender que una opinión que tiene contra sí el texto y el espíritu de la ley haya encontrado eco ante las cortes. (2) Creemos inútil discutir decisiones que son tan evidentemente erróneas. Aquí está permitido hablar de error y de evidencia, pues el art. 1,445 no deja ninguna duda; el texto está concebido en los términos más generales, y el espíritu de la ley está igualmente incontestable, puesto que no hay ningún motivo para distinguir entre esposos y terceros; para decir mejor, la distinción es impracticable, como acabamos de decirlo.

337. ¿Cuál es el motivo de la retroacción establecida por el art. 1,445? Importa establecerla con certeza, porque la Corte de Casación se equivocó en ella y llegó á consecuencias tan erróneas como el principio que les sirve de fundamento. Regla general: toda sentencia retrotrae. La razón es que, desde luego, la demanda debe obtener desde el día del pedimento cuanto hubiese obtenido si las delaciones necesarias al procedimiento no retardasen necesariamente la

1 Toullier, t. VII, 1, pág. 97, núms. 100-102. Marcadé, t. V, pág. 592, número I del art. 1449. Aubry y Rau, t. V, pág. 400, nota 45.

2 Riom, 31 de Enero de 1826, y Rouen, 9 de Agosto de 1839 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núms. 1941 y 1942). En sentido contrario, Burdeos, 11 de Mayo de 1843 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 1940).

sentencia del juicio; de manera que es imposible que la sentencia se pronuncie inmediatamente después de la demanda. El demandado no puede quejarse de esta retroacción, puesto que hubiera debido reconocer el fundamento de la demanda, dando razón el tribunal al demandante. En fin, la retroacción no choca con los derechos adquiridos en materia de sentencia; las leyes no pueden retrotraer porque crean una nueva disposición que no pudiera, sin iniquidad, quitar derechos adquiridos antes que la nueva ley fuese obligatoria y conocida. No sucede así con las sentencias; no crean los derechos, sólo los declaran dándoles el apoyo de la autoridad pública; es justo que los efectos de este reconocimiento existan desde el mismo día en que la demanda está formulada.

¿Es esto el derecho común que consagra el art. 1,445 disponiendo que la sentencia que pronuncia la separación de bien retrotrae al día de la demanda? Nó, pues los motivos que justifican la retroacción de las sentencias en general exigirían, al contrario, que la sentencia de separación no tuviera efecto retroactivo. Desde luego esta sentencia, lejos de declarar y reconocer los derechos de las partes, crea una nueva situación: una convención irrevocable está reducida á la nada y reemplazada por un nuevo régimen que es la contra parte de las primitivas convenciones; luego el nuevo régimen no debiera tener efecto sino para lo venidero. Luego la mujer que pide la separación no tiene ningún derecho en el momento en que promueve en justicia; está ligada por sus convenciones matrimoniales; no puede cambiarlas; no puede, pues, pedir que su marido reconozca sus derechos; ni siquiera está permitido al marido consentir en la demanda, pues la separación voluntaria es nula. Se sigue de esto que la separación no debiera existir sino desde la sentencia que la pronuncia; tiene ahí su causa y su principio; y los efectos no pueden preceder á las causas.

Es, pues, por derogación á los principios, como la sentencia que pronuncia una separación retrotrae. ¿Cuál es la razón de esta excepción? Es el interés de la mujer. La separación de bienes es una garantía que la ley le concede para resguardar su dote y sus devoluciones. Sólo puede pedirle cuando su dote ó sus derechos están en peligro; el peligro va creciendo cada día: si la comunidad no se disuelve sino después de procedimientos que la mala fe del marido pueden prolongar, el remedio llegará demasiado tarde; el marido habrá tenido tiempo para dilapidar la comunidad y hacerse insolvente. Para que la separación sea un remedio eficaz, es menester que exista desde el instante en que se la solicita; este es el único medio de detener el peligro que amenaza á la mujer. (1)

338. ¿La sentencia que pronuncia la separación de cuerpos retrotrae también en lo que se refiere á la separación de bienes, que es su consecuencia? Esta cuestión está muy controvertida; en nuestro concepto, la negativa es segura. Acabamos de probar que, según los principios generales del derecho, la separación de bienes no debiera existir sino desde el día de la sentencia. El art. 1,445 es, pues, una disposición excepcional. Esto decide la cuestión. ¿Se aplica la excepción á la separación de cuerpos? Nó, ni según el texto ni según el espíritu de la ley. El art. 1,445 dice: "La *sentencia* que *pronuncia la separación de bienes* remonta al día de la demanda." ¿Hay acaso en materia de separación de cuerpos una sentencia que pronuncie la separación de bienes? Nó, tal no es el objeto de la demanda y tal no es la sentencia del juez. El esposo demanda que se le separe de cuerpos de su cónyuge, y el juez pronuncia esta separación. ¿En qué se fundan la demanda y la sentencia en las causas

1 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 243, núm. 94 *bis* I. Mourlón, t. III, página 86, núm. 200.

determinadasque autorizan el divorcio? ¿Es que el peligro en que está la dote ó las devoluciones de la mujer figura entre los motivos que conducen á la mujer á promover la separación de cuerpos? Nó, los negocios del marido pueden estar en estado próspero, la dote y las devoluciones de la mujer pueden estar al abrigo de todo peligro y, sin embargo, el juez pronunciará la separación de cuerpos si una de las causas determinadas para el divorcio existe. ¿Por qué, pues, hay separación de bienes cuando el juez separa de cuerpos á los esposos? La ley es la que lo decide así porque la comunidad de bienes supone la vida común; cuando ésta cesa la comunidad debe también cesar. No sucede así con la separación de bienes del art. 1,445; tiene únicamente por objeto resguardar los intereses pecuniarios de la mujer, sólo se pronuncia cuando su dote ó sus devoluciones están en peligro; la vida común continúa, por lo demás, entre los esposos. Así la separación de cuerpos, aunque seguida por la separación de bienes, nada tiene de común con la separación de bienes del art. 1,445. Luego este artículo no es aplicable á la separación de cuerpos.

El espíritu de la ley es tan claro como el texto. ¿Por qué la sentencia que pronuncia la separación de bienes retrotrae? Para garantizar la dote y las devoluciones de la mujer. Y la separación de cuerpos no se pronuncia por razón de los intereses pecuniarios de la mujer; luego no hay ninguna razón para hacer retrotraer la separación de bienes que resulta de la separación de cuerpos por vía de consecuencia. ¿Se dirá que cuando la separación de cuerpos se pronuncia puede suceder que el desorden de las costumbres haya arrastrado el desorden de los negocios del marido y que en este caso los motivos que hacían retrotraer la separación de bienes pronunciada por razón del peligro de la dote existen también para hacer retrotraer la separación de cuerpos? Contestaremos, y la respuesta es perentoria, que

si hay juntamente una causa determinada para el divorcio y una causa para la separación de bienes, la mujer puede y debe formular simultáneamente ambas demandas, una para la separación de cuerpos por violación de los deberes que nacen del matrimonio, y otra para la separación de bienes para la garantía de sus intereses pecuniarios. Habrá dos sentencias: la una pronunciará la separación de cuerpos y no retrotraerá, porque no se concibe que la vida común cese retroactivamente; la otra, que pronunciará la separación de bienes, retrotraerá porque el interés de la mujer lo exige así.

Puesto que la sentencia que pronuncia la separación de cuerpos nada tiene de común con la separación de bienes que se pronuncia en juicio, hay que hacer á un lado el artículo 1,445, completamente extraño á la separación de cuerpos. Queda por saber si la separación de bienes que resulta de la separación de cuerpos puede retrotraer independientemente del art. 1,445. La ley es la que decide que la separación de cuerpos arrastrará siempre á la separación de bienes. Así, la separación de bienes es un efecto de la sentencia que separa de cuerpos á los esposos; ¿puede el efecto retrotraer cuando la causa que lo produce no retrotrae? Hay una imposibilidad lógica que conduce á un verdadero absurdo, en la opinión que admite la retroacción de la separación de bienes aunque la separación de cuerpos no retrotraiga. Hasta el momento en que el juez pronuncia la separación de cuerpos el matrimonio subsiste con las consecuencias legales de la vida común y de los intereses comunes; la comunidad subsiste, pues, también. ¿Puede ser disuelta retroactivamente sin que la separación de cuerpos retrotraiga? Esto sería admitir un efecto sin causa; la única causa por la que hay separación de bienes cuando los esposos se separan de cuerpos, es la cesación legal de la vida común, el relajamiento del lazo del matrimonio; y esta causa sólo existe en

virtud de la sentencia, luego el efecto sólo puede partir de esta sentencia. Si se admite que la separación de bienes retrotrae al día de la demanda, mientras que la separación de cuerpos sólo existe desde la sentencia, se llega á esta consecuencia absurda: que la separación de bienes, consecuencia de la de cuerpos, existe en un momento en que no hay aún separación de cuerpos. Para admitir semejante anomalía se necesitaría un texto, y no se tiene otro texto que el artículo 311, puesto que el art. 1,445 debe apartarse, y el art. 311 condena precisamente la opinión de la retroacción, puesto que establece la separación de bienes como un efecto de la separación de cuerpos, luego como dependiendo de esta separación y siguiéndola, como el efecto sigue á la causa.

Decimos que no hay texto fuera del art. 311. El Código es muy lacónico en lo que se refiere á la separación de cuerpos; de ahí numerosas dificultades. Se ha llamado á la separación de cuerpos el divorcio de los católicos, y se ha concluido de esto que se podía aplicar por analogía á la separación de cuerpos lo que el Código dice del divorcio. Hemos rechazado este principio. Sin embargo, hay un efecto que produce la separación de cuerpos tanto como el divorcio: es la disolución de la comunidad; el art. 1,441 pone, á este respecto, la separación de cuerpos y el divorcio en una misma línea. Hay, pues, más que analogía, hay identidad. Y el divorcio no disuelve la comunidad retroactivamente; los arts. 270 y 271 lo prueban, y esto no está contestado. Luego debe suceder lo mismo con la separación de cuerpos. Que el lazo del matrimonio esté roto ó sólo relajado, poco importa, la consecuencia es la misma, la comunidad está disuelta; si no lo fuere sino desde la pronunciación del divorcio, también sólo debe estar disuelta á partir de la separación de cuerpos; una causa idéntica no podría producir efectos diferentes. (1)

1 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 244, núm. 94 *bis* III. Los antiguos autores son citados por Rodière y Pont, t. III, pag. 649, nota 2, y por Aubry y Rau, t. V, pág. 203, notas 18 y 19, pfo. 494. Compárese una sentencia muy bien motivada de la Corte de Limoges, 21 de Diciembre de 1869 (Dalloz, 1870, 2, 83).

339. La retroacción de la separación de bienes fué establecida en interés de la mujer; para garantizar sus derechos con eficacia, la sentencia debe tener efecto para con los terceros, como entre los esposos, á partir del día de la demanda. Si, pues, se admite que la separación de cuerpos retrotrae, hay que admitir también que retrotrae para con los terceros. Pero aquí nos detiene el mismo texto del art. 1,445, único apoyo de la opinión que combatimos. En efecto, la disposición que establece la retroacción de la separación de bienes forma el segundo inciso del artículo que ordena la publicidad de la separación, y esta publicidad se completa con el Código de Procedimientos: la publicidad y la retroacción están íntimamente ligadas. La ley no pudo admitir la retroacción para con los terceros sino á condición de hacer públicas la demanda y la separación. Y el Código Civil no prescribe la publicidad de la separación de cuerpos, ni de la demanda, ni de la sentencia; hubiera, pues, dado efecto contra los terceros y á su perjuicio, á una sentencia que los terceros pueden no conocer, y desde la demanda que seguramente no conocen. Para substraerse á esta nueva imposibilidad, se distingue, en la opinión contraria; se enseña que la separación de bienes resultante de la separación de cuerpos remonta al día de la demanda en lo que se refiere á las relaciones de los esposos entre sí, pero que no puede ser opuesta á los terceros sino desde la publicación de la sentencia que pronunció la separación de cuerpos. (1) Si mediante esta distinción se evita la contradicción lógica que acabamos de señalar, se tropieza con una nueva imposibilidad. Para sostener que la separación de cuerpos retrotrae en cuanto á los bienes, se invoca el art. 1445; y este artículo establece el principio de la retroacción en términos absolu-

1 Aubry y Rau, t. V, pág. 202, notas 18 y 19, pfo. 494, y los autores que citan.

tos sin distinguir entre esposos y terceros. ¿Con qué derecho se introduce en la ley una distinción que rechazan sus términos? Si la separación de cuerpos, en tanto que arrastra la separación de bienes, está reglamentada por el artículo 1,445, es preciso admitir que la sentencia retrotrae para con los terceros tanto como entre los esposos: distinguir donde la ley no distingue y en una materia excepcional, es hacer la ley. Esta es la mayor de las imposibilidades. Si el art. 1,445 es aplicable á la separación de cuerpos, hay que aplicarlo por entero para con los terceros como para con los esposos, y entonces se llega á una consecuencia tan inicua como contraria á la ley; á saber: que la separación de bienes tiene efecto para con los terceros desde el momento de la demanda. Si no se aplica el art. 1,445 para con los terceros, no se le puede aplicar para con los esposos, y si se le aplica se cae en las más extrañas contradicciones. Las instancias de separación de cuerpos son largas, pueden durar dos años; si la separación es pronunciada, la comunidad habrá sido disuelta desde la demanda; desde este momento los esposos están separados de bienes y, no obstante, la comunidad subsistirá para con los terceros. ¡Así habrá á la vez comunidad y separación, los esposos serán comunes en bienes y estarán separados de bienes! El legislador nunca habrá consagrado semejante anomalía. Si hubiese querido hacer retrotraer la separación de cuerpos en cuanto á los bienes, hubiera prescripto la publicidad de la demanda y hubiera admitido la retroacción para con los terceros como para con los esposos. Cuando los intérpretes hacen la ley siempre la hacen mal, porque no tienen la libertad de acción que pertenece al legislador: que se conformen con su misión más modesta y que empiecen por respetar la ley que tienen encargo de interpretar.

Se ha señalado una última anomalía en la opinión que admite la retroacción limitándola á los esposos. El marido

puede pedir la separación de cuerpos contra su mujer; si esta separación es pronunciada dejará de ser señor y dueño de la comunidad desde la demanda; la separación podrá serle opuesta por la mujer en su provecho y en perjuicio del marido. ¿Puede concebirse una demanda acogida por la justicia y volviéndose en contra de aquel que obtiene en la causa? Troplong contesta haciendo un llamamiento al honor y delicadeza del marido; olvida que se trata de derechos pecuniarios, y olvida que el juez es quien está llamado á arreglarlos. Se comprende en rigor que la ley subordine el interés á un sentimiento de moral, pero ante el juez sólo los intereses están en causa, hay que dejar ahí cualquiera otra consideración. (1)

La jurisprudencia está dividida como la doctrina. (2) Hay tres sentencias recientes de la Corte de Casación en favor de la opinión que hemos combatido. Las recusamos. La primera no da ningún motivo, (3) y no damos ninguna autoridad á una sentencia no motivada. La segunda sentencia intervino en un caso en el que la mujer había pedido la separación de bienes; (4) no es nuestra hipótesis. La última sentencia da un motivo, y sucede que el motivo es enteramente erróneo. Las sentencias, dice la resolución, son declarativas y no atributivas de los derechos que consagran; el art. 1,445 sólo aplica este principio general á la sentencia que pronuncia la separación de bienes; contiene, pues, una disposición de derecho común que se puede y debe aplicar á la separación de cuerpos. (5) ¿Cómo puede la Corte de Casación repetir en todas sus sentencias un motivo que ha sido mil veces refutado?

La jurisprudencia de las cortes de Bélgica está igual-

1 Aubry y Rau, t. V, págs. 202 y siguientes, nota 18, pfo. 494.
2 Véase la antigua jurisprudencia en el *Repertorio* de Dalloz, en la palabra *Contrato de Matrimonio*, núm. 1945.
3 Denegada, Sala Civil, 5 de Agosto de 1868 [Dalloz, 1868, 1, 407].
4 Casación, 12 de Mayo de 1869 (Dalloz, 1869, 1, 270).
5 Denegada, Sala Civil, 18 de Marzo de 1872 (Dalloz, 1872, 1, 49).

mente dividida: ningún elemento nuevo trae en el debate. (1)

II. Consecuencias.

1. En cuanto á los bienes.

340. La consecuencia de la retroacción, en cuanto á los bienes que forman la comunidad y en cuanto al patrimonio propio de los esposos, no tiene ninguna dificultad. Puesto que la sentencia retrotrae al día de la demanda, la separación de bienes existe desde aquel momento; luego la comunidad está disuelta y, por lo tanto, estará liquidada en el estado en que se encuentre el día de la demanda. Si vencen sucesiones á la mujer desde aquel día y durante la instancia de separación, los bienes le quedarán propios; es algunas veces en vista de una herencia que le va á tocar por lo que la mujer pide la separación; salvará así los valores mobiliares que la componen. Se entiende que lo mismo sucederá con los bienes que tocarán al marido. (3)

341. Estando disuelta la comunidad desde la demanda el marido deja de gozar de las rentas de la mujer; pero como de hecho continuará percibiendo los frutos y los intereses, deberá restituirlos, como estaría obligado á ello si, en caso de disolución de la comunidad por cualquiera otra causa, percibiera las rentas de la mujer cuando no hay ya comunidad. Se aplica el principio general que rige á los frutos; éstos pertenecen al propietario y deben serle restituidos por aquel que los percibió sin tener derecho para ello. Lo mismo sucede con los intereses de los créditos que quedasen propios de la mujer. Si la mujer tiene recompensas que ejercer, relativas á sus propios, tiene derecho á los réditos desde la disolución de la comunidad; luego, en el caso, des-

1 Bruselas, 8 de Agosto de 1856, en pró de la retroacción (*Pasicrisia*, 1856, 2, 346). Lieja, 10 de Agosto de 1854, en contra (*ibid.*, 1855, 2, 171).

2 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 243, núm. 94 *bis* II, y todos los autores.

de la demanda. En efecto, según el art. 1,473, las recompensas debidas á los esposos por la comunidad implican los réditos de pleno derecho desde el día de la disolución de la comunidad, y en caso de separación de bienes la comunidad está disuelta desde la demanda. Sin embargo, en la opinión común el art. 1,473 sólo se aplica al caso en el que la mujer acepta la comunidad; si, pues, la renuncia no podría reclamar los intereses de las recompensas sino según el derecho común, es decir, demándolos ante la justicia (artículo 1,153). Esto es una diferencia entre las compensaciones y los propios de la mujer; que ésta acepte ó renuncie siempre tiene derecho á la restitución y, por consiguiente, á la restitución de los frutos y de los réditos.

¿Tiene también la mujer derecho á los réditos de la dote mobiliar que entró en el activo de la comunidad legal? Si renuncia pierde todo derecho al mobiliar que entró por su parte en la comunidad. La cuestión sólo puede presentarse, pues, en el caso en que la mujer acepta. Sólo tiene los derechos de un copropietario; es decir, que toma la mitad de la masa divisible, pero en esta masa están comprendidos los intereses que el marido percibió desde la disolución de la comunidad; en caso de separación, el marido debe dar cuenta de estos réditos desde la demanda. Si la mujer se hubiese reservado la devolución de su dote mueble en caso de renuncia ¿tendría derecho á los réditos? Debe contestarse afirmativamente en virtud del principio de que el marido debe restituir los intereses á los que no tienen ya ningún derecho desde la demanda de separación.

Los derechos de la mujer á los intereses y á los frutos reciben una restricción. Esta ejercita sus derechos desde la demanda de separación como si la comunidad estuviera disuelta; por contra debe también soportar los cargos que le incumben después de la separación; y la mujer separada de-

mente dividida: ningún elemento nuevo trae en el debate. (1)

II. Consecuencias.

1. En cuanto á los bienes.

340. La consecuencia de la retroacción, en cuanto á los bienes que forman la comunidad y en cuanto al patrimonio propio de los esposos, no tiene ninguna dificultad. Puesto que la sentencia retrotrae al día de la demanda, la separación de bienes existe desde aquel momento; luego la comunidad está disuelta y, por lo tanto, estará liquidada en el estado en que se encuentre el día de la demanda. Si vencen sucesiones á la mujer desde aquel día y durante la instancia de separación, los bienes le quedarán propios; es algunas veces en vista de una herencia que le va á tocar por lo que la mujer pide la separación; salvará así los valores mobiliares que la componen. Se entiende que lo mismo sucederá con los bienes que tocarán al marido. (3)

341. Estando disuelta la comunidad desde la demanda el marido deja de gozar de las rentas de la mujer; pero como de hecho continuará percibiendo los frutos y los intereses, deberá restituirlos, como estaría obligado á ello si, en caso de disolución de la comunidad por cualquiera otra causa, percibiera las rentas de la mujer cuando no hay ya comunidad. Se aplica el principio general que rige á los frutos; éstos pertenecen al propietario y deben serle restituidos por aquel que los percibió sin tener derecho para ello. Lo mismo sucede con los intereses de los créditos que quedasen propios de la mujer. Si la mujer tiene recompensas que ejercer, relativas á sus propios, tiene derecho á los réditos desde la disolución de la comunidad; luego, en el caso, des-

1 Bruselas, 8 de Agosto de 1856, en pró de la retroacción (*Pasicrisia*, 1856, 2, 346). Lieja, 10 de Agosto de 1854, en contra (*ibid.*, 1855, 2, 171).

2 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 243, núm. 94 *bis* II, y todos los autores.

de la demanda. En efecto, según el art. 1,473, las recompensas debidas á los esposos por la comunidad implican los réditos de pleno derecho desde el día de la disolución de la comunidad, y en caso de separación de bienes la comunidad está disuelta desde la demanda. Sin embargo, en la opinión común el art. 1,473 sólo se aplica al caso en el que la mujer acepta la comunidad; si, pues, la renuncia no podría reclamar los intereses de las recompensas sino según el derecho común, es decir, demándolos ante la justicia (artículo 1,153). Esto es una diferencia entre las compensaciones y los propios de la mujer; que ésta acepte ó renuncie siempre tiene derecho á la restitución y, por consiguiente, á la restitución de los frutos y de los réditos.

¿Tiene también la mujer derecho á los réditos de la dote mobiliar que entró en el activo de la comunidad legal? Si renuncia pierde todo derecho al mobiliar que entró por su parte en la comunidad. La cuestión sólo puede presentarse, pues, en el caso en que la mujer acepta. Sólo tiene los derechos de un copropietario; es decir, que toma la mitad de la masa divisible, pero en esta masa están comprendidos los intereses que el marido percibió desde la disolución de la comunidad; en caso de separación, el marido debe dar cuenta de estos réditos desde la demanda. Si la mujer se hubiese reservado la devolución de su dote mueble en caso de renuncia ¿tendría derecho á los réditos? Debe contestarse afirmativamente en virtud del principio de que el marido debe restituir los intereses á los que no tienen ya ningún derecho desde la demanda de separación.

Los derechos de la mujer á los intereses y á los frutos reciben una restricción. Esta ejercita sus derechos desde la demanda de separación como si la comunidad estuviera disuelta; por contra debe también soportar los cargos que le incumben después de la separación; y la mujer separada de-

be contribuir á los gastos de casa proporcionalmente á sus facultades y á las de su marido (art. 1,448); de hecho el marido habrá pagado estos gastos durante la instancia de separación; podrá, pues, llevarlos en la cuenta de la mujer por la parte contributiva de ésta y deducirlos, en consecuencia, de los réditos y frutos que tiene que restituir. (1)

342. Reina alguna incertidumbre en la doctrina y en la jurisprudencia acerca de los principios que acabamos de exponer. En el derecho antiguo la cuestión de saber si el marido debe restituir los réditos de la dote, es decir, de los propios que la mujer vuelve á tomar ó del mobiliar estipulado propio, estaba controvertida. Pothier pensaba que se debía atenerse al arbitrio del juez, quien compensará los intereses de la dote con los alimentos ministrados á la mujer durante la instancia y la parte con la cual debe contribuir á los cargos del matrimonio, cuando encontrara que no hay mucha diferencia, sobre todo cuando la instancia no ha sido muy larga. Toullier hace bien desechando estas templanzas de equidad que el juez no puede ya permitir bajo nuestra legislación. Desde que se admite que la mujer tiene derecho á los réditos y á los frutos, hay que dárselos á reserva de cargarle en cuenta lo que debe por su parte contributiva en los cargos. (2)

Se ha objetado que debiendo soportar el marido los cargos del matrimonio durante la instancia de separación, habrá que dejarle los réditos de la dote, es decir, las rentas de los propios de la mujer, puesto que los intereses están debidos al marido para ayudarlo á soportar los cargos. Hay una sentencia en este sentido, de la Corte de Casación, que Troplong aprueba. En el caso se trataba de los intereses de la dote bajo el régimen dotal. La dote debe ser restituida, pero

1 Aubry y Rau, t. V, pág. 401 y nota 46, pfo. 516 y los autores que citan.
2 Pothier, *De la comunidad*, núm. 521. Toullier, t. VII, 1, pág. 101, número 105.

la ley no dice que la mujer tenga derecho á los intereses de derecho pleno después de la disolución del régimen por la separación de bienes; debe, pues, pedirlos en justicia. Desde luego no puede tratarse de condenar al marido á restituir los intereses que, de derecho estricto, le son debidos por tanto tiempo como soporta los cargos del matrimonio. (1) No se puede invocar esta sentencia como un precedente para el régimen de la comunidad; siendo diferentes los principios de ambos regímenes, el art. 1,473 da á la mujer los intereses de sus propios, puesto que la restitución de los propios está comprendida entre las prelaciones al mismo título que las compensaciones (art. 1,470). Aun bajo el régimen dotal la decisión de la Corte pudiera ser contestada. No hay, pues, lugar á prevalerse de ella, extendiéndola al régimen de la comunidad. El argumento de Troplong, en todo caso, es insignificante. Sin duda los intereses pertenecen al marido para soportar los cargos del matrimonio; pero la dificultad consiste en saber si la retroacción de la sentencia no debe poner á los esposos en la situación en que estarían si la comunidad estuviera realmente disuelta el día de la demanda de separación. Esto es seguramente lo que quiere decir el principio de la retroacción.

La sentencia de la Corte de Casación no estableció jurisprudencia. Desde luego es imposible negar los intereses á la mujer cuando se trata de compensaciones propiamente dichas: la ley dice que los réditos corren desde la disolución de la comunidad (art. 1,473), luego desde la demanda de separación en virtud del art. 1,445. Esta es la decisión de la Corte de Bruselas (2) y nos parece estar al abrigo de toda contestación. En cuanto á los frutos y á las rentas de los propios de la mujer, la misma Corte de Casación sentenció

1 Denegada, 28 de Marzo de 1848 (Dalloz, 1848, 1, 171). Troplong, t. I, página 401, núm. 1384).
2 Bruselas, 11 de Marzo de 1831 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 918, y *Pasicrisia*, 1831, pág. 50)

que si un acreedor del marido los embarga desde la introducción de la demanda, el embargo cae. La Corte sienta como principio que el estado de los esposos en el día de la demanda es el que debe considerarse para determinar si los valores muebles procedentes de lo aportado por la mujer han entrado legalmente á su poder y se encuentran, por consiguiente, libertados de las persecuciones de los acreedores del marido. En el caso un acreedor había embargado posteriormente á la demanda, un crédito propio de la mujer. La Corte decidió que, á consecuencia de la retroacción, dicho crédito había dejado de estar á la disposición del marido en el momento del embargo; el acreedor había, pues, embargado un bien que ya no pertenecía á su deudor. (1) Si el crédito había entrado desde entonces en el patrimonio de la mujer también á ella pertenecían los réditos de dicho crédito. Hay, acerca de este punto, sentencias en sentido contrario, pero no tienen autoridad doctrinal; la Corte de Riom niega un principio que está hoy universalmente admitido; pretende que la sentencia de separación no retrotrae para con los terceros; (2) ¿por qué, entonces, la ley hubiese tenido tanto cuidado en dar publicidad á la demanda de separación? La Corte de Rouen está en el mismo error. (3) habla de derechos adquiridos por el acreedor, cuando la cuestión está precisamente en saber si el acreedor tiene derecho de embargar.

343. La Corte de Casación aplicó el principio de la retroacción á las restituciones que el marido debe hacer en virtud del art. 1,477. Según esta disposición, aquel de los esposos que divierte ó detiene efectos de la comunidad, queda privado de su parte en dichos efectos. En el caso que se

1 Casación, 22 de Abril de 1845 (Dalloz, 1845, 1, 267). Compárese Aubry y Rau, t. V, pág. 401, nota 47, pfo. 516; Rodière y Pont, t. III, pág. 648, número 2178.

2 Riom, 31 de Enero de 1826 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 1941).

3 Rouen, 9 de Agosto de 1839 (Dalloz, *ibid.*, núm. 1942).

presentó ante la Corte el marido había substraído valores industriales que producían intereses ó dividendos; la Corte decidió que dichos intereses ó dividendos hacían parte íntegra de los valores: (1) decisión muy jurídica, en nuestro concepto, pues los frutos de un fundo son parte de este fundo y pertenecen á título de accesorios al dueño de dicho fundo. Por identidad de razones los intereses y dividendos deben pertenecer al propietario de la acción. No se trata, en este caso, de los principios que rigen á los intereses moratorios; éstos sólo se deben desde la demanda (art. 1,153), mientras que el propietario del crédito tiene derecho á ellos en virtud de sus derechos de propiedad.

344. El principio de la retroacción entre esposos presenta otra dificultad. En virtud de la sentencia de separación la mujer tiene derecho á las devoluciones que el art. 1,471 concede á la mujer común. Estas prelaciones ó devoluciones son una operación preliminar del reparto: ¿puede hacerse durante la instancia de separación? La negativa ha sido sentenciada y con razón. Si la sentencia que pronuncia la separación retrotrae, esto es por una ficción. Debe verse cuál es el objeto de esta ficción y cuáles son sus límites. El legislador quiso garantizar los derechos de la mujer contra las disipaciones del marido; para éste basta que el marido no pueda disponer de la comunidad y que la mujer tenga facultad para hacer actos conservatorios en los bienes de su marido. Estas garantías las tiene, como lo diremos más adelante. No es necesario que las devoluciones de la mujer estén liquidadas y pagadas antes de la sentencia. La mujer no podría pedirlo, esto es seguro; desde luego, el marido, pagando las devoluciones, paga lo que no debe; en rigor pudiera repetir. Se sigue de esto que estos pagos no son válidos sino hasta concurrencia de lo que la mujer aprovechó de ellos.

1 Denegada, Sala Civil, 5 de Agosto de 1868 (Dalloz, 1868, 1, 407).

La cuestión fué llevada ante la Corte de Casación en el siguiente caso. El marido cede bienes propios á su mujer en pago de sus derechos. Según el art. 1,595, esta cesión es la permitida cuando hay separación judicial, aunque en regla general la venta entre esposos esté prohibida. Pudiendo hacerse la cesión después de la separación, ¿debe concluirse de la retroacción de la sentencia que la cesión puede hacerse durante la instancia? Nó, pues la cesión es una donación en pago; supone, pues, que há lugar á pagar los derechos de la mujer; y acabamos de decir que hasta la sentencia el marido no es deudor, luego no puede hacer donación en pago; por lo tanto, la cesión es nula en virtud de la prohibición establecida por el art. 1,595. Se oponía el principio de la retroacción. La Corte contesta que la ley quiso conservar á la mujer los derechos que pueden venirle durante la instancia, pero no entendió autorizar una ejecución preventiva y voluntaria de la demanda de separación. Prohibió las separaciones voluntarias; no puede, pues, permitir ejecutar por la convención de los esposos una separación que aun no existe. El art. 1,595 se opone igualmente á ello; concede un derecho á la mujer separada de bienes en virtud de una sentencia. No se puede transmitir este derecho á la mujer demandante en separación, sin abrir una vía al fraude y á las colusiones que quiso evitar el legislador. (1)

2. Efecto de la retroacción en cuanto á las deudas.

345. El marido contrae deudas durante la instancia de separación: ¿caen en el pasivo de la comunidad? Nó, porque ya no hay comunidad; está disuelta entre los esposos desde la demanda de separación, en lo que se refiere á los bienes que pueden venir á los esposos, y, por consiguiente, debe estar disuelta en cuanto al pasivo. La consecuencia, en derecho, es incontestable, y de hecho es de gran interés para la mujer. ¿Cuál es el objeto de su demanda? Salvar su dote y sus devoluciones del peligro que las amenace por razón del desorden en los negocios del marido; y si durante la instancia el marido pudiera obligar á la comunidad, ya no habría ninguna garantía para la mujer, su ruina estaría asegurada. De derecho las deudas no pueden caer en una comunidad que ya no existe. Sin embargo, las deudas pueden aprovechar á la comunidad y, por consiguiente, á la mujer: tales serían las deudas que el marido contrajo para las necesidades del matrimonio; la mujer separada debe contribuir á estos gastos, aunque se hagan durante la instancia; habrá, en este punto, una cuenta entre los esposos; la mujer contribuirá á las deudas de que sacó provecho. (1)

346. ¿Qué debe decirse de las deudas contraídas durante la instancia, por la mujer, sin autorización del marido? Es seguro que no caen en la comunidad. ¿Pero está cuando menos personalmente obligada la mujer? La afirmativa ha sido sentenciada por la Corte de Bruselas; (2) decidió en principio que la mujer deja de ser común desde la demanda; que, por consiguiente, puede obligarse sin autorización marital, cuando menos cuando se trata de un acto de administración. Esto nos parece dudoso. La retroacción es una ficción, ésta no fué creada para hacer capaz á la mujer para obligarse; no tiene necesidad de dicha capacidad para garantizar sus derechos. Es, pues, sobrepasar la ley el extenderla á las obligaciones que contrajera la mujer. El art. 1,449 resiste igualmente á esta interpretación; no dice que la mujer tiene derecho para obligarse; la mujer sólo tiene este derecho por razón de su administración, que vuelve á tomar des-

1 Bourges, 25 de Enero de 1871 (Dalloz, 1871, 2, 172), y Denegada, Sala Civil, 2 de Julio de 1873 (Dalloz, 1873, 1, 464). Hay una sentencia, en sentido contrario, de la Corte de Bourges, de 17 de Abril de 1867 (Dalloz, 1868, 2, 23).

1 Aubry y Rau, t. V, pág. 401, nota 48, pfo. 516. Colmet de Santerre, tomo VI, pág. 243, núm. 94 *bis* II.

2 Bruselas, 21 de Marzo de 1832 (*Pasicrisia*, 1832, pág. 90).

La cuestión fué llevada ante la Corte de Casación en el siguiente caso. El marido cede bienes propios á su mujer en pago de sus derechos. Según el art. 1,595, esta cesión es la permitida cuando hay separación judicial, aunque en regla general la venta entre esposos esté prohibida. Pudiendo hacerse la cesión después de la separación, ¿debe concluirse de la retroacción de la sentencia que la cesión puede hacerse durante la instancia? Nó, pues la cesión es una donación en pago; supone, pues, que há lugar á pagar los derechos de la mujer; y acabamos de decir que hasta la sentencia el marido no es deudor, luego no puede hacer donación en pago; por lo tanto, la cesión es nula en virtud de la prohibición establecida por el art. 1,595. Se oponía el principio de la retroacción. La Corte contesta que la ley quiso conservar á la mujer los derechos que pueden venirle durante la instancia, pero no entendió autorizar una ejecución preventiva y voluntaria de la demanda de separación. Prohibió las separaciones voluntarias; no puede, pues, permitir ejecutar por la convención de los esposos una separación que aun no existe. El art. 1,595 se opone igualmente á ello; concede un derecho á la mujer separada de bienes en virtud de una sentencia. No se puede transmitir este derecho á la mujer demandante en separación, sin abrir una vía al fraude y á las colusiones que quiso evitar el legislador. (1)

2. Efecto de la retroacción en cuanto á las deudas.

345. El marido contrae deudas durante la instancia de separación: ¿caen en el pasivo de la comunidad? Nó, porque ya no hay comunidad; está disuelta entre los esposos desde la demanda de separación, en lo que se refiere á los bienes que pueden venir á los esposos, y, por consiguiente, debe estar disuelta en cuanto al pasivo. La consecuencia, en derecho, es incontestable, y de hecho es de gran interés para la mujer. ¿Cuál es el objeto de su demanda? Salvar su dote y sus devoluciones del peligro que las amenace por razón del desorden en los negocios del marido; y si durante la instancia el marido pudiera obligar á la comunidad, ya no habría ninguna garantía para la mujer, su ruina estaría asegurada. De derecho las deudas no pueden caer en una comunidad que ya no existe. Sin embargo, las deudas pueden aprovechar á la comunidad y, por consiguiente, á la mujer: tales serían las deudas que el marido contrajo para las necesidades del matrimonio; la mujer separada debe contribuir á estos gastos, aunque se hagan durante la instancia; habrá, en este punto, una cuenta entre los esposos; la mujer contribuirá á las deudas de que sacó provecho. (1)

346. ¿Qué debe decirse de las deudas contraídas durante la instancia, por la mujer, sin autorización del marido? Es seguro que no caen en la comunidad. ¿Pero está cuando menos personalmente obligada la mujer? La afirmativa ha sido sentenciada por la Corte de Bruselas; (2) decidió en principio que la mujer deja de ser común desde la demanda; que, por consiguiente, puede obligarse sin autorización marital, cuando menos cuando se trata de un acto de administración. Esto nos parece dudoso. La retroacción es una ficción, ésta no fué creada para hacer capaz á la mujer para obligarse; no tiene necesidad de dicha capacidad para garantizar sus derechos. Es, pues, sobrepasar la ley el extenderla á las obligaciones que contrajera la mujer. El art. 1,449 resiste igualmente á esta interpretación; no dice que la mujer tiene derecho para obligarse; la mujer sólo tiene este derecho por razón de su administración, que vuelve á tomar des-

1 Bourges, 25 de Enero de 1871 (Dalloz, 1871, 2, 172), y Denegada, Sala Civil, 2 de Julio de 1873 (Dalloz, 1873, 1, 464). Hay una sentencia, en sentido contrario, de la Corte de Bourges, de 17 de Abril de 1867 (Dalloz, 1868, 2, 23).

1 Aubry y Rau, t. V, pág. 401, nota 48, pfo. 516. Colmet de Santerre, tomo VI, pág. 243, núm. 94 *bis* II.

2 Bruselas, 21 de Marzo de 1832 (*Pasicrisia*, 1832, pág. 90).

pués de la disolución; y la mujer no administra durante la instancia, luego es inútil que tenga derecho para obligarse; ni siquiera se concibe que se obligue, puesto que sólo se obliga administrando, y no administra.

3. Efecto de la retroacción en cuanto á los actos de disposición ó de administración hechos por el marido.

347. Durante la comunidad el marido es señor y dueño de los bienes comunes; los administra solo y dispone de ellos sin el concurso de la mujer. El marido tiene también la administración de los bienes personales de la mujer y hace solo todos los actos reputados de administración. Cuando la comunidad está disuelta por la sentencia que pronuncia la separación de bienes, el marido ya no es más que un socio relativamente á los bienes comunes; no tiene ya el derecho de administrar, mucho menos de disponer de ellos; deja también de ser administrador de los bienes de su muje. ¿Retrotraen al día de la demanda los efectos que produce la sentencia de separación? Se debe responder afirmativamente, según el texto y el espíritu de la ley. El art. 1,445 dice que los efectos de la sentencia remontan al día de la demanda; y el primer efecto de la sentencia es disolver la comunidad y poner fin á la potestad del marido, sea como jefe de la sociedad de bienes, sea como administrador de los bienes de la mujer. Tal es también el objeto de la demanda de separación; es porque la administración de la comunidad y de los bienes de la mujer es ruinosa, por lo que la mujer pide que los poderes del marido cesen. ¿Y por qué retrotraen la separación al día de la demanda? Con el fin de hacer cesar una gestión que acabaría de arruinar á la mujer. Luego es necesario que, á partir de la demanda, el marido cese de ser señor y dueño de los bienes comunes y de administrar los bienes de la mujer.

348. Otra es la cuestión de saber cuál es la suerte de los actos que el marido hace durante la instancia, ya como jefe de la comunidad, ya como administrador de los bienes de la mujer. La ley no se explica en este punto. Debe, pues, decidirse la cuestión según los principios generales. No siendo ya de derecho el marido señor y dueño de los bienes comunes, ni administrador de los bienes de la mujer, resulta que no puede ya obrar con tal calidad y que los actos que hace son nulos. ¿Cuál es el carácter de esta nulidad? ¿quién puede prevalerse de ella? Es únicamente por interés de la mujer por lo que la ley hace retrotraer la sentencia; si, pues, la separación remonta al día de la demanda, y si á partir de aquel momento el marido deja de ser jefe de la comunidad y administrador de los bienes de la mujer, esto es también en el exclusivo interés de la mujer. Luego si los actos que el marido hace sin calidad, á partir de la demanda, son nulos, esta es una nulidad esencialmente relativa, la mujer sola puede prevalerse de ella.

Esto no es dudoso. Pero ahi no está la dificultad. Se pregunta si la nulidad que invoca la mujer es de derecho; es decir, si el tribunal debe pronunciarla por el solo hecho de estar probado que el acto hecho por el marido es posterior á la demanda de separación ¿ó debe la mujer probar que estos actos le son perjudiciales? La ley no dice que los actos del marido son nulos, muchos menos aún que sean nulos de derecho. No se podría, pues, admitir esta nulidad sino resultando de los principios. Y todo cuanto quiere la ley al hacer remontar los efectos de la separación al día de la demanda, es impedir al marido acabar la ruina de la mujer. Esto supone actos perjudiciales, actos que ponen en peligro la dote y las devoluciones de la mujer ó que aumentan este peligro. Si el acto hecho por el marido no causa ningún perjuicio á la mujer ¿con qué derecho lo atacaría ésta? ¿Di-

pués de la disolución; y la mujer no administra durante la instancia, luego es inútil que tenga derecho para obligarse; ni siquiera se concibe que se obligue, puesto que sólo se obliga administrando, y no administra.

3. Efecto de la retroacción en cuanto á los actos de disposición ó de administración hechos por el marido.

347. Durante la comunidad el marido es señor y dueño de los bienes comunes; los administra solo y dispone de ellos sin el concurso de la mujer. El marido tiene también la administración de los bienes personales de la mujer y hace solo todos los actos reputados de administración. Cuando la comunidad está disuelta por la sentencia que pronuncia la separación de bienes, el marido ya no es más que un socio relativamente á los bienes comunes; no tiene ya el derecho de administrar, mucho menos de disponer de ellos; deja también de ser administrador de los bienes de su muje. ¿Retrotraen al día de la demanda los efectos que produce la sentencia de separación? Se debe responder afirmativamente, según el texto y el espíritu de la ley. El art. 1,445 dice que los efectos de la sentencia remontan al día de la demanda; y el primer efecto de la sentencia es disolver la comunidad y poner fin á la potestad del marido, sea como jefe de la sociedad de bienes, sea como administrador de los bienes de la mujer. Tal es también el objeto de la demanda de separación; es porque la administración de la comunidad y de los bienes de la mujer es ruinosa, por lo que la mujer pide que los poderes del marido cesen. ¿Y por qué retrotraen la separación al día de la demanda? Con el fin de hacer cesar una gestión que acabaría de arruinar á la mujer. Luego es necesario que, á partir de la demanda, el marido cese de ser señor y dueño de los bienes comunes y de administrar los bienes de la mujer.

348. Otra es la cuestión de saber cuál es la suerte de los actos que el marido hace durante la instancia, ya como jefe de la comunidad, ya como administrador de los bienes de la mujer. La ley no se explica en este punto. Debe, pues, decidirse la cuestión según los principios generales. No siendo ya de derecho el marido señor y dueño de los bienes comunes, ni administrador de los bienes de la mujer, resulta que no puede ya obrar con tal calidad y que los actos que hace son nulos. ¿Cuál es el carácter de esta nulidad? ¿quién puede prevalerse de ella? Es únicamente por interés de la mujer por lo que la ley hace retrotraer la sentencia; si, pues, la separación remonta al día de la demanda, y si á partir de aquel momento el marido deja de ser jefe de la comunidad y administrador de los bienes de la mujer, esto es también en el exclusivo interés de la mujer. Luego si los actos que el marido hace sin calidad, á partir de la demanda, son nulos, esta es una nulidad esencialmente relativa, la mujer sola puede prevalerse de ella.

Esto no es dudoso. Pero ahi no está la dificultad. Se pregunta si la nulidad que invoca la mujer es de derecho; es decir, si el tribunal debe pronunciarla por el solo hecho de estar probado que el acto hecho por el marido es posterior á la demanda de separación ¿ó debe la mujer probar que estos actos le son perjudiciales? La ley no dice que los actos del marido son nulos, muchos menos aún que sean nulos de derecho. No se podría, pues, admitir esta nulidad sino resultando de los principios. Y todo cuanto quiere la ley al hacer remontar los efectos de la separación al día de la demanda, es impedir al marido acabar la ruina de la mujer. Esto supone actos perjudiciales, actos que ponen en peligro la dote y las devoluciones de la mujer ó que aumentan este peligro. Si el acto hecho por el marido no causa ningún perjuicio á la mujer ¿con qué derecho lo atacaría ésta? ¿Di-

rá que el marido no tenía calidad para obrar y que, por lo tanto, lo que hizo es radicalmente nulo? Esto sería sobrepasar la ley y, por consiguiente, aplicarla á una hipótesis para la que seguramente no fué hecha. El legislador quiere sólo que la mujer no esté perjudicada por los actos de su marido; luego, en el espíritu de la ley, el marido no tiene calidad para obrar en este sentido: que no puede perjudicar los derechos de la mujer. Si no los perjudica al obrar no hay ya motivo para rehusarle calidad para esto. Al contrario, el interés de los esposos y el interés general piden que el marido pueda hacer cualquier acto que no perjudique á la mujer.

Notemos desde luego que, esperando que el juez decida acerca de la demanda de la mujer, el marido continúa de hecho y de derecho administrando los bienes comunes y los de la mujer: no se le puede oponer que sus poderes cesan por una ficción de la ley, pues esta ficción supone que hay una sentencia que pronuncia la separación; mientras no la hay, es imposible que haya retroacción en virtud de ella. El marido queda, pues, jefe y administrador, sólo él tiene calidad para obrar; si hay lugar á hacer un acto referente á la comunidad ó á los propios de la mujer, sólo el marido tiene derecho de hacerlo; declararlo nulo si la separación es pronunciada, es ponerlo en la absoluta imposibilidad de obrar aun para hacer actos que serían ventajosos á la mujer. ¿Quién sufriría de dicha imposibilidad? La mujer desde luego. La sociedad también sufriría, puesto que los bienes comunes y los de la mujer estarían fuera del comercio; puesto que nadie había de tratar con el marido aun en condiciones ventajosas para la mujer; puesto que ésta tendría el derecho de atacar estos actos. Si la ley permite á la mujer pedir su nulidad esto es para resguardar los intereses de la mujer; es, pues, necesario que la mujer pruebe que está interesada en obtener su anulación. Llegamos á la consecuencia de que no

hay nulidad de derecho: los actos del marido sólo son nulos para con la mujer cuando perjudican á ésta.

Queda una dificultad y es ésta, en la que hay particularmente controversia. ¿Basta el perjuicio para que la mujer pueda atacar los actos ó es menester que haya fraude? ¿Y los terceros deben ser cómplices en este fraude? Creemos que basta el perjuicio; en nuestro concepto, la mujer puede atacar el acto del marido por esto sólo: que le es perjudicial, aunque el mismo marido hubiese obrado sin intención de fraude y que los terceros fuesen de buena fe. Esto resulta de la esencia misma de la separación de bienes. ¿Por qué permite la ley que la mujer la pida? ¿Es porque el marido defraude sus derechos? De ninguna manera; la ley ni siquiera exige que la mujer pruebe la mala gestión del marido (números 220-225). Puede suceder que no haya mala gestión, mucho menos fraude. La mujer tiene derecho de promover la separación de bienes desde que el estado de los negocios del marido compromete la dote ó las devoluciones de la mujer. Para que ésta esté al abrigo de este peligro la ley quiere que la separación retrotraiga al día de la demanda. Luego basta que haya peligro para que la mujer goce del beneficio de la retroacción. Esto no implica ningún fraude. Desde que los actos del marido le son perjudiciales, la mujer puede obrar; lo puede, pues, hacer aunque los terceros que trataron con el marido fueran de buena fe. Se invoca en vano el interés de los terceros; la ley proveyó á ello prescribiendo la publicidad de la demanda; los terceros están sobre aviso de que se pidió la separación y que retrotraerá si se la pronuncia; á ellos toca ver si pueden tratar con seguridad con el marido. En nuestra opinión, los terceros pueden contratar con toda seguridad desde que el acto no perjudica á la mujer.

349. La doctrina que acabamos de exponer no es la de los autores ni la de la jurisprudencia. Los autores no es-

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

tán acordes. Los hay que parecen admitir una retroacción absoluta; Battur y Toullier enseñan que la sentencia retrotrae contra los terceros como para los esposos. (1) Sin embargo, sería sobrepasar su modo de pensar el admitir que, en su opinión, los actos del marido son nulos de derecho; no discuten la cuestión, y es muy peligroso, en derecho, proceder por vía de inducción y concluir de lo que dice un autor, si acepta todas las consecuencias que resultan de sus palabras.

La mayor parte de los autores distinguen entre los actos de disposición y los de administración. Admiten que los actos de administración son válidos, á no ser que el marido los haya hecho en fraude de los derechos de la mujer; mientras que los actos de disposición son nulos por el solo hecho de no tener el marido derecho de hacerlos. (2) ¿En qué descansa esta distinción? No es en el texto de la ley, pues ésta no dice que la separación retrotrae en cuanto á los actos de disposición y que no retrotrae en cuanto á los actos de administración. ¿Es el espíritu de la ley el que ordena dicha distinción? Tampoco. La ley sólo quiere impedir una cosa, que los actos del marido perjudiquen á la mujer; luego sin perjuicio está la mujer sin derecho. Si los actos de disposición le son perjudiciales promoverá y obtendrá la anulación probando el perjuicio. Pero si la enajenación no le perjudica ¿por qué había de tener el derecho de atacarla? Se dirá que el marido no tenía ya el derecho de disponer, puesto que la comunidad está disuelta en el momento en que él dispone. Contestaremos que no es exacto decir que el marido está sin derecho alguno; todos admiten que tiene un derecho, sólo se trata de precisar sus límites. Esto nos

1 Battur, t. II, pág. 335, núm. 650. Toullier, t. VII, 1, pág. 98, núms. 101 y 102.

2 Aubry y Rau, t. V, pág. 402, notas 49-52, pfo. 516. Rodière y Pont, tomo III, pág. 646, núms. 2177 y 2178. Colmet de Santerre, t. VI, pág. 243, núm. 94 *bis* II.

parece tan evidente que suponemos que los autores han subentendido la condición del perjuicio. Pero en una ciencia exacta como la nuestra vale más decir las cosas que subentenderlas.

En cuanto á los actos de administración se dice que es necesario validarlos, porque hay necesidad para el marido de administrar durante la instancia, y sólo él tiene este derecho. Si este motivo justificara la distinción sería preciso restringirla á los actos necesarios y anular los que no lo son. Y los autores que combatimos validan todos los actos de administración, siempre que no sean fraudulentos. Esto es introducir en la ley una distinción que no está en ella. Es, además, hacer poco menos que ilusoria la garantía del artículo 1,445. Nótese desde luego que era inútil decir que la mujer puede atacar los actos que el marido hace en fraude de sus derechos durante la instancia de separación, pues, lo que lo puede hacer en virtud del derecho común. (1) Si pues, la ley le permite atacar los actos de administración debió concederle un derecho especial; ya hemos dicho cuál es; consiste en impedir que el marido, desde el día de la demanda, pueda perjudicar á su mujer; por consiguiente, la mujer debe tener el derecho de promover desde que haya perjuicio para ella. Se invoca la buena fe de los terceros. Hemos dicho muchas veces que se abusa singularmente de la buena fe de los terceros, como si la buena fe legitimase todo, aun los actos de aquellos que no tienen ningún derecho de hacer lo que han hecho: el marido no tiene calidad para obrar, á contar desde la demanda de separación, en este sentido: que no puede ya hacer ningún acto que perjudique á la mujer. ¿Puede la buena fe de los terceros tener por efecto validar lo que el marido hace en perjuicio de su mujer? La cuestión no tiene sentido.

1 Denegada, Sala Civil, 30 de Junio de 1807 [Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 1932].

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

350. La jurisprudencia está dividida y, hay que decirlo, sin ningún principio. Ha sido sentenciado que la venta de un fondo de comercio, hecha por el marido durante la instancia de separación, es nula. La Corte de Rennes establece en principio que durante la litispendencia los derechos del marido, como jefe y administrador, están suspensos. (1) El art. 1,445 no dice esto; sería hacer imposible todo acto de administración, aun el más necesario, el más ventajoso para la mujer. La Corte no titubea ante esta consecuencia: los tribunales, dice, no pueden autorizar sino los actos conservatorios. Es verdad que la mujer había requerido la puesta de cédulas, ¿pero puede la mujer hacer imposible la administración del marido bajo pretexto de una medida de conservación? Hay una decisión, en sentido contrario, de la Corte del Sena, la que sentenció que el marido puede vender un fondo de comercio durante la instancia, siempre que no lo haga en fraude. (2) La Corte de Bruselas se pronunció también en favor de la validez de la venta de una casa. Se funda en el motivo que, en nuestro concepto, es verdadero: es que la venta no era perjudicial á la mujer. (3)

350 *bis*. Existe la misma divergencia en cuanto á los actos de administración. Fué sentenciado que el arrendamiento de un molino era nulo, aunque hecho sin fraude; la Corte dice que, según las circunstancias de la causa, era un acto de mala gestión; luego agrega que el arrendamiento era sospechoso por haber sido consentido después de la publicación de la demanda de separación. (4) No se sabe, en definitiva, si el arrendamiento era hecho en fraude de la mujer ó no; ni siquiera si era perjudicial á la mujer.

1 Rennes, 3 de Julio de 1841 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 1933).
2 Sentencia del Tribunal del Sena, 22 de Julio de 1836 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 1934).
3 Bruselas, 6 de Enero de 1820 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 1935, y *Pasicrisia*, 1820, pág. 9).
4 Riom, 20 de Febrero de 1826 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 1929).

La Corte de Rennes ha decidido, al contrario, en términos absolutos, que el arrendamiento es válido á no ser que sea fraudulento. (1) Esto es igualmente sobrepasar la ley, puesto que un arrendamiento, aunque hecho sin fraude, puede perjudicar á la mujer, y el perjuicio es lo que quiso evitar el art. 1,445; en cuanto al fraude, los principios generales de derecho y el art. 1,167 habían proveído á ello suficientemente.

Otra corte ha sentado en principio que el marido conserva la administración, puesto que la mujer sólo vuelve á tomarla á partir de la sentencia; no pudiendo la mujer administrar sus bienes, es preciso que el marido lo haga, puesto que no pueden quedar en suspenso. Esto es muy exacto, pero es necesario conciliar este estado de cosas con la retroacción de la sentencia que pronuncia la separación. La corte llega á una conclusión inadmisible: es que la retroacción sólo se refiere á los frutos de los bienes y á los bienes que pudiesen vencer á la mujer durante la instancia, que es extraña á los actos de administración que hace el marido después de la demanda de separación. Esto es limitar y restringir un texto concebido en los términos más generales, y es dejar á la mujer sin garantía contra los actos de mala gestión, cuando el objeto es garantizar dichos intereses. La corte no necesitaba de esta falsa teoría para mantener el acto litigioso, pues comprueba de hecho que el arrendamiento atacado por la mujer le era ventajoso; esto bastaba para desechar la acción de nulidad. (2)

La Corte de Angérs ha sentenciado que el marido no podía hacer más que los actos de administración estrictamente necesarios. Esto es también restringir una ley general y darle una limitación sin ningún provecho para la mujer.

1 Rennes, 2 de Enero de 1808 (Dalloz, *ibid.*, núm. 1381).
2 Poitiérs, 21 de Mayo de 1823 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 1928).

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

¿Por qué no mantener los actos que le son ventajosos aunque no precisamente necesarios? En el caso se trataba de un arrendamiento, y la Corte declara que es perjudicial y fraudulento; (1) esto era un motivo perentorio para anularlo, sin que fuese necesario ocurrir á la teoría de los actos necesarios.

351. El Código de Procedimientos autoriza á la mujer para provocar medidas conservatorias de sus derechos (artículo 869). ¿Es esto un derecho análogo al que concede el art. 270 á la mujer demandante ó demandada en divorcio? Puede, según este artículo, requerir para la conservación de sus derechos la puesta de cédulas en los efectos de la comunidad; las cédulas sólo pueden ser levantadas haciendo un inventario y á condición de que el marido presente las cosas inventariadas ó responda de su valor como depositario judicial. (2) Es dudoso que esta disposición sea aplicable á la demanda de separación de bienes. Cuando hay acción de divorcio ó de separación de cuerpos, el odio que divide á los esposos hace temerlo todo y justifica todas las precauciones. No pasa lo mismo en el caso de separación de bienes. Las medidas conservatorias que el Código de Procedimientos autoriza, son las que se concilian con el poder de administración del marido. Tal fuera una oposición en manos de los deudores de la mujer. (3) El marido puede, en rigor, administrar los bienes de la mujer sin que paguen los deudores; ¡pero cómo había de administrar la comunidad si todos los efectos muebles que la componen fuésen puestos bajo cédulas? No definiendo la ley los actos conservatorios que la mujer está autorizada á hacer, pertenece á los tribunales conciliar los intereses de la mujer con las necesidades de la administración que queda confiada al marido.

1 Angéra, 16 de Agosto de 1820 (Dalloz, *ibid.*, núm. 1930).
2 Aubry y Rau, t. V, pág. 402, nota 52, pfo. 516 (4.ª edición).
3 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 244, núm. 94 *bis* III.

4. De la aceptación y de la repudiación de la comunidad.

352. La mujer, después de la disolución de la comunidad, tiene la facultad de aceptarla ó renunciarla (art. 1,453). ¿Puede ejercer este derecho durante la instancia de separación? Se admite así generalmente. En el derecho antiguo era de uso que la mujer hiciera su declaración de renuncia el mismo día de la demanda de separación. (1) La jurisprudencia ha consagrado esta tradición. (2) Pero como la mujer tiene también el derecho de aceptar, hay que reconocerle este derecho durante la instancia; tal es, en efecto, la doctrina y la jurisprudencia. (3) La cuestión nos deja alguna duda. La ley no da el derecho de opción á la mujer sino después de la disolución de la comunidad; es de principio, por otra parte, que no se puede ejercer un derecho sino cuando éste está abierto. Se dice que, á consecuencia de la retroacción, la comunidad está como disuelta desde el día de la demanda. Pero esta disolución sólo es ficticia; en realidad, la comunidad subsiste. Debe, pues, verse cuál es el objeto de la ficción y cuáles son sus límites. La ley quiere garantizar los derechos de la mujer; le permite, en consecuencia, atacar los actos que el marido hiciese en su perjuicio durante la instancia de separación: esto basta para resguardar sus intereses. ¿Le da la renuncia una garantía más? ¿Y por qué había de aceptar la mujer cuando la aceptación no le daría ningún derecho? No podría seguramente pedir la partición, lo que prueba que la retroacción tiene límites. Desde que la mujer no tiene interés en considerar la comunidad como disuelta, la ficción no tiene ya razón de ser; se entra, en con-

1 Pothier, *De la comunidad*, núm. 521.
2 Orleáns, 14 de Noviembre de 1817 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm 1943. Troplong, t. II, pág. 5, núm. 1507.
3 Rodière y Pont, t. II, pág. 314, núm. 1041. Lyon, 24 de Diciembre de 1829, y Denegada, 21 de Junio de 1831 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 1123).

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 Locré, 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.]

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

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 Locré, 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.]

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

téntica en el espíritu de la ley. Este es el unico 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 translada 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 senci-

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).

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

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 Rodiére 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 exclusive 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 Santerre, 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 harmonía 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 prohibe, puesto que sólo consienten en restablecerla con modificaciones, cuando la ley prohibe 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

1 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 tiendan 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 harmonía 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-

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

mo si siempre hubiesen hecho parte de la comunidad. Asímismo 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 llevárselas hasta sus últimas consecuencias; debe, al contrario, encerrárselas 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 opción.

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

1 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 inicuo 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

1 Mourlón, t. III, pág. 88, núm. 203. Troplong, t. II, pág. 2, núm. 1488.
2 Berlier, *Exposición de los Motivos*, núm. 20 (Locré, t. VI, pág. 393). Duveyrier, *Informe*, núm. 36 [Locré, t. VI, pág. 424].

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

mo si siempre hubiesen hecho parte de la comunidad. Asímismo 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 llevárselas hasta sus últimas consecuencias; debe, al contrario, encerrárselas 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 opción.

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

1 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 inicuo 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

1 Mourlón, t. III, pág. 88, núm. 203. Troplong, t. II, pág. 2, núm. 1488.
2 Berlier, *Exposición de los Motivos*, núm. 20 (Locré, t. VI, pág. 393). Duveyrier, *Informe*, núm. 36 [Locré, t. VI, pág. 424].

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

que hicieron introducir el derecho de opción; se pudiera creer que fué la aventura de las cruzadas si la mano de Dios no presidiera aquellas guerras sagradas: emprendidas para la conquista de una tumba, comenzaron la ruina del Catolicismo que las inspiró, y conducidas por la nobleza feudal, arruinaron el feudalismo é inauguraron el reino de la libertad y de la igualdad. Aquel inmenso trastorno tuvo también su reflexión en las relaciones privadas. Los barones, obligados á adeudarse para soportar los gastos de viajes allende los mares, dejaban á sus viudas unas comunidades arruinadas. ¿Debían los gastos de las guerras santas recaer en las mujeres? Se les permitió repudiar los cargos y los gastos á los cuales habían permanecido extrañas. En un principio el derecho de renuncia no formaba el derecho común; establecido en ocasión de las cruzadas, era un privilegio para las viudas de aquellos que habían encabezado á aquellas piadosas aventuras. La costumbre antigua de París decía: «Es permitido á la mujer noble, procediendo de noble alcurnia y viviendo noblemente, renunciar, si le parece, después de la muerte de su esposo á la comunidad.» El Relator del Tribunado se muestra indignado con este absurdo privilegio; no reflexiona que el derecho de opción no había sido establecido por razones de justicia y de equidad; las circunstancias históricas que le dieron nacimiento, debían limitarlo á las mujeres nobles. Pero Duveyrier tiene razón en decir que la justicia anda siempre junta con las luces y la razón; lo que era un privilegio de la nobleza en la costumbre antigua de París, se volvió derecho común en la nueva costumbre. (1)

363. El derecho de opción, que aparentemente tiene su origen en una guerra tan insensata como piadosa, acabó por hacerse un principio esencial del régimen de la comunidad.

1 Troplong, t. II, pág. 2, núms. 1489 y 1490. Pothier, *De la comunidad*, núm. 550. Duveyrier, *Informe*, núm. 36 (Locré, t. VI, pág. 424).

Es de orden público; por consiguiente, el art. 1,453 dice que toda convención contraria es nula. No se permite á las partes contratantes derogar las leyes que se refieren al orden público (art. 6), ni siquiera á los futuros esposos por su contrato de matrimonio el más favorable de todos los contratos. Mientras que el marido goce de un poder absoluto como jefe de la comunidad, la mujer habrá de tener el derecho de renunciar á la comunidad en cuya administración no toma participio alguno. Y este poder del marido como jefe de la comunidad es una consecuencia de la potestad marital y en este sentido es de orden púbico. Y si la mujer tiene el derecho de renunciar, es por razón de la dependencia en que se halla bajo el régimen de la comunidad, dependencia que resulta de la potestad á la cual queda sometida; luego su derecho, de opción es también de orden público.

Sin embargo, este derecho, que tiene tan gran importancia en teoría, es casi inútil en la práctica. La mujer tiene otro derecho que resguarda enteramente sus intereses, aunque acepte una comunidad arruinada: es el beneficio de emolumento, en virtud del cual no está obligada en las deudas sino hasta concurrencia de la utilidad que ella saca de la comunidad, siempre que haga inventario. Este beneficio le permite aceptar sin que corra riesgo alguno. No está obligada más allá de su emolumento sino cuando descuida de hacer inventario. En este caso pierde también su derecho de renunciar. Regularmente, pues, la mujer hará inventario si teme que la comunidad sea mala, y entonces gozará de su beneficio de emolumento.

Sin embargo, debe concluirse de esto que la mujer no está nunca interesada en renunciar. Si la comunidad es evidentemente mala, ¿por qué había á la mujer encargarse de liquidarla? No tiene el derecho que pertenece al heredero beneficiario, de abandonar bienes á los acreedores. Si, pues,

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

aceptara, estaría obligada á liquidar; renunciando se quita un cargo oneroso. Puede tener mayor interés en renunciar si estipuló en su contrato de matrimonio que en caso de renuncia tendrá el derecho de volver á tomar sus aportos. Esta es una cláusula de la comunidad convencional, acerca de la que volveremos á hablar. La mujer que renuncia pierde regularmente todo derecho en los muebles que han entrado por su parte; puede estipular volverlos á tomar al renunciar. (1)

364. La ley marca de nulidad *cualquiera convención* contraria al derecho de opción. ¿Cómo debe entenderse esta disposición? Es seguro que la mujer no puede renunciar de un modo general á su derecho de opción; pero se enseña que nada impide que la mujer intervenga en una convención que hace un tercero con su marido y consentir obligarse para con el acreedor á pesar de la renuncia eventual que hiciere. Dudamos que esto sea exacto. Esto es una convención contraria al efecto de la renuncia que la mujer tiene derecho de hacer; deroga, pues, parcialmente el derecho de opción; y la ley decide terminantemente que *cualquiera* convención contraria es nula, luego una derogación parcial tanto como una derogación total. Se objeta que la convención que declaramos nula no es más peligrosa para la mujer que el compromiso que contraerá con su marido. Puede obligarse con él si fuese necesario hasta solidariamente; en este caso estará obligada para con el acreedor á pesar de su renuncia (artículo 1,494); ¿por qué, pues, no había de poder declarar en el contrato que estará obligada en caso de renuncia? Hay una diferencia: la mujer se comprometerá más fácilmente bajo condición, es decir, en caso que renuncie, pues, espera al obligarse, que no se encontrará en el caso de renunciar, mientras que titubeará á menudo si debe hacer desde luego un compromiso personal que la expone á que se la embargue. Luego, en difinitiva, la derogación parcial al derecho de opción compromete los intereses de la mujer que la ley quiso proteger. (1)

1 Duranton, t. XIV, pág. 572, núm. 437. Rodière y Pont, t. II, pág. 438, núm. 1149.

365. Se entiende que el marido no puede renunciar á la comunidad. El es quien administra y contrae las deudas con que está gravada la comunidad; ¿puede concebirse que se liberte de una liga de obligaciones por él consentidas, repudiando lo que él mismo ha hecho? Se comprende que la mujer renuncie aunque esté asociada; no se comprende que el marido, señor y dueño, pueda renunciar, pues la mujer es extraña á las deudas del marido, mientras que éste es deudor personal de ellas. Es verdad que hay deudas que proceden de la mujer, las que son anteriores al matrimonio y que el marido deberá soportar si la mujer renuncia. Se le puede contestar que aquel que se casa con la mujer se casa con sus deudas; el marido podía ponerse al abrigo de este peligro estipulando la separación de deudas. Hay que agregar que ordinariamente el mal estado de la comunidad no procede de las deudas anteriores al matrimonio, procede de las deudas contraídas durante la comunidad, luego por el marido.

La aplicación de estos principios levanta una dificultad que fué varias veces llevada ante la Corte de Casación. Sucede á menudo que el marido es donatario universal ó legatario universal de la mujer. Esta tiene el derecho de renunciar; lo transmite á sus herederos. ¿No debe concluirse de esto que el marido podrá renunciar á la comunidad por cuanto á su mujer? La Corte de Casación ha rechazado esta pretensión que se presenta ordinariamente en materia fiscal. El marido, donatario universal de su mujer, renuncia, en nombre de ésta, á la comunidad que existió entre ellos. Después declara en la oficina del registro que en virtud de di-

1 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 269, núm. 105 *bis* II.

cha renuncia la sucesión recogida por él sólo se compone de valores muebles, de los que pagó los derechos fijados para las mutaciones de bienes entre esposos por defunción. El fisco sostiene que esta renuncia es fraudulenta y ordena un apremio por la mitad de los bienes de la comunidad omitida por el declarante. El tribunal confiesa que la renuncia del marido á la comunidad sólo se hizo para evitar los derechos de mutación, puesto que no producía ningún efecto en el orden civil, recogiendo el marido el beneficio de la renuncia que había hecho como heredero de su mujer. Pero, dice el Tribunal del Sena, renunciar es un derecho, y no se puede decir que el ejercicio de un derecho sea un fraude. En el recurso de casación la decisión fué casada después de una deliberación en Sala de Consejo. La Corte comienza por recordar que la facultad de renunciar á la comunidad fué concedida á la mujer contra el marido, porque es natural que éste soporte solo todas las deudas de una comunidad de que fué único administrador, mejor dicho, señor y dueño. ¿Puede el marido invocar un derecho que fué establecido contra él mismo? Esto es imposible, según los mismos términos de la ley. Para gozar de su derecho de renuncia, la mujer debe hacer inventario contradictoriamente con el marido: ¡el marido que pretende ejercer los derechos de la mujer debiera, pues, hacer un inventario contradictoriamente con él! Acerca de este punto se equivoca la Corte de Casación: la mujer puede renunciar dentro de tres meses y cuarenta días sin hacer inventario; sólo está obligada á hacer inventario si quiere conservar la facultad de renunciar después de concluido este plazo (art. 1,456). Y, en el caso, el marido había renunciado inmediatamente; la renuncia era, pues, válida en la forma. ¿Lo era en el fondo? Nó, era una verdadera renuncia. Si la mujer tiene el derecho de renunciar es para ponerse al abrigo de las deudas de que está cargada la comunidad; renunciando abandona toda la comunidad al marido, quien está obligado á pagar las deudas. ¿Puede el marido, como heredero de la mujer, renunciar cuando él es, en su calidad de marido, quien recoge los beneficios de esta renuncia puramente nominal? La Corte debió limitarse á decir que la renuncia del marido no era la renuncia que consagró el legislador; que el único objeto del marido era evitar los derechos debidos por la transmisión de dominio: esto no era la renuncia del Código Civil; era un acto hecho en fraude de los derechos del fisco, y nulo por tal motivo. (1)

366. El art. 1,453 da el derecho de opción á los herederos de la mujer; éstos tienen, en general, todos los derechos que la ley concede á la mujer común. Esto es una aplicación del derecho común. Los herederos suceden á todos los derechos de su autor, luego también al derecho de aceptar la comunidad ó renunciarla. Se objeta que el derecho de opción es un privilegio y que éstos están ligados á la persona. Berlier contesta en la Exposición de los Motivos, que no se trata de un privilegio contrario al derecho concedido á título de favor á la mujer: «nada más justo, dice, que la facultad de que se trata; su justicia no sólo es relativa, es absoluta, y no pertenece menos á los herederos de la mujer que á ella misma. ¿Cuáles son, además, estos herederos? Lo más á menudo son los hijos del matrimonio, dignos, bajo este concepto, de todos los favores de las leyes.» (2)

367. El art. 1,453 agrega que los legatarios de la mujer tienen igualmente el derecho de opción. ¿Quiénes son los legatarios? Troplong dice muy bien que si algunas veces las leyes están obscuras, á fuerza de ser concisas, lo son también

1 Casación, 9 de Marzo de 1842 (Dalloz, en la palabra *Registro*, núm. 363). Denegada, 26 de Noviembre de 1849 (Dalloz, 1850, 1, 92). En el mismo sentido, Aubry y Rau, t. V, pág. 413, nota 7, pfo. 517, y Troplong, t. II, pág. 5, núm. 1503.

2 Berlier, *Exposición de los Motivos*, núm. 20 (Locré, t. VI, pág. 393).

otras veces diciendo más de lo necesario. ¿No será por pura costumbre y por rutina como los autores del Código habían agregado la palabra *legatarios* en seguida de la palabra *herederos?* Es seguro que hay legatarios que no tienen el derecho de opción. La mujer vende sus derechos: ¿tiene el concesionario el derecho de aceptar ó renunciar á la comunidad? La negativa es evidente, pues la mujer, al ceder sus derechos, acepta, puesto que dispone de su parte en la comunidad; estando consumada su opción, ya no transmite el derecho de aceptar ó renunciar, cede los derechos que le pertenecen en virtud de su aceptación.

Hay, pues, que hacer á un lado á los legatarios á título particular. Quedan los legatarios universales; éstos se confunden con los herederos cuando son sucesores universales, tales como donatarios ó legatarios. Los acreedores son legatarios universales en este sentido: que pueden ejercer todos los derechos de sus deudores (art. 1,166). ¿Pero el principio del art. 1,166 se aplica al derecho de opción? Puede contestarse; translada nos á lo que fué dicho en el título *De las Obligaciones.* La opinión general es que los acreedores de la mujer pueden aceptar en su nombre y consumar así su derecho de opción, puesto que, como consecuencia de la aceptación, no tendrá ya el derecho de renunciar. Esto conduce á consecuencias difíciles de admitir. La mujer puede aceptar sin hacer inventario: estará obligada, en este caso, *ultra vires.* ¿Pueden también los acreedores de la mujer aceptar sin hacer inventario, y quedará la mujer obligada *ultra vires?*

Hay que llegar hasta ahí si se reconoce á los acreedores de opción. Pero la consecuencia es inadmisible y testifica en contra del principio. La ley que autoriza á los acreedores á ejercer los derechos de sus deudores, no les permite seguramente que obliguen al deudor. Sólo queda uno obligado mediante consentimiento; y aceptar la comunidad

es obligarse á pagar la mitad de las deudas. Esto decide la cuestión, en nuestro concepto. (1)

Hay un caso en el que el acreedor puede aceptar en cierto sentido. El art. 1,464 lo dice: «Los acreedores de la mujer pueden atacar la renuncia que ésta hubiera hecho ó sus herederos, en fraude de sus créditos, y aceptar la comunidad por su cuenta.» Ellos aceptan *por sí;* la renuncia de la mujer subsiste; no queda, pues, obligada por la aceptación que harán los acreedores. Es en virtud del art. 1,167 como obran los acreedores, más bien que en virtud del artículo 1,166. Transladamos á lo que fué dicho en el título *De las Sucesiones,* acerca del art. 788, del cual el art. 1,464 es una aplicación.

368. ¿Tienen los acreedores de la mujer el derecho de renunciar á la comunidad? Esto se entiende difícilmente. El art. 1,166 bien da á los acreedores la facultad de ejercer los derechos de sus deudores, pero no les permite despojar á su deudor de un derecho que le pertenece; y al renunciar en nombre de la mujer, los acreedores la impedirían aceptar.

Suponemos que la mujer acepte sin hacer inventario: estará obligada *ultra vires.* ¿Pueden los acreedores atacar su aceptación y, por consiguiente, renunciar á la comunidad en nombre de la mujer? La cuestión está controvertida y dudosa; volveremos á ella.

La mujer no acepta ni renuncia, se abstiene. Se admite en este caso que los acreedores pueden renunciar. El artículo 1453, se dice, es demasiado positivo para que se les pueda negar esta facultad. Debe concluirse que los acreedores pueden quitar á la mujer un derecho que tiene por una convención: esto nos parece inadmisible, porque esto es contrario al art. 1,166, en virtud del cual obran los acreedores. Lo mismo pasa si la mujer muere sin haber elegido. (2) Nues-

1 En sentido contrario, Aubry y Rau, t. V, pág. 413, pfo. 517.
2 Troplong, t. II, pág. 4, núms. 1499 y 1502. Compárese Rodière y Pont, t. II, pág. 440, núm. 1151.

tra objeción vuelve á presentarse, en lo que se refiere á los herederos, si tienen el derecho de opción. ¿Pueden los acreedores quitarles una parte de sus derechos ejerciendo la otra? Esto nos parece imposible. No insistimos en estas dificultades que sólo se discuten en la escuela; la práctica las ignora.

§ II. De la aceptacion.

369. La aceptación de la comunidad es un acto análogo á la aceptación de la herencia: cuando la mujer acepta, manifiesta la voluntad de ser mujer común, y se obliga para con los acreedores de la comunidad, así como el sucesible manifiesta, al aceptar, la voluntad de ser heredero y se obliga para con los acreedores de la heredad. El hecho jurídico es el mismo; hay sólo esta diferencia: que la mujer no es heredera, es socio de su marido: sin embargo, puede suceder que la fortuna del marido haya entrado en la comunidad; aunque sin ser heredera, la mujer tomará la mitad de estos bienes; toma, en todo caso, la mitad de la fortuna mueble del marido. Hay, pues, de hecho como de derecho, una gran analogía entre la situación de la mujer común y la del heredero. Por esto es que los mismos principios rigen la aceptación de la comunidad y la aceptación de la herencia. Como hemos ya tratado esta materia en el título de las *Sucesiones*, transladaremos en otro punto á lo que fué dicho en ella. Notemos sólo la diferencia capital que existe entre la mujer común y el heredero. Este puede aceptar pura y simplemente, ó bajo beneficio de inventario, mientras que la ley nada dice de una aceptación beneficiaria en el capítulo de la *Comunidad*. La mujer común goza, en tal calidad, del beneficio de emolumento, el que, por las ventajas que tiene, equivale al beneficio de inventario. Pero para el heredero el beneficio de inventario es una excepción, y bajo el punto de vista de los verdaderos principios, es una anomalía; por el

derecho común el heredero representa á la persona del difunto y está obligado por sus deudas como lo está cualquier deudor personal indefinidamente. No pasa así con la mujer común. No representa á nadie, es socio, obligada á las deudas con este título, y en el rigor del derecho, obligada como si las hubiera contraído personalmente, luego *ultra vires*. Pero la ley deroga el derecho común. La mujer nunca fué asociada en realidad; extraña á la comunidad, sólo está obligada á las deudas porque acepta la comunidad y porque recoge la mitad de los bienes; debe, pues, estar obligada hasta concurrencia de los bienes que recoge; sería enteramente inicuo que debiera soportar en sus bienes las deudas que el marido contrae sin ella. Es, pues, por razón de su dependencia como la mujer está obligada sólo hasta concurrencia de su emolumento; y como su dependencia es inherente á su calidad de mujer común, debe decirse que goza de derecho pleno del beneficio de emolumento. No tiene obligación de hacer una declaración cualquiera; si la ley la obliga al inventario, es con el fin de impedir que comprometa la prenda de los acreedores con su negligencia ó con su mala fe. Se sigue de esto que no hay para la mujer dos maneras de aceptar la comunidad, ya sea pura ó simplemente, ya bajo beneficio de inventario. Su aceptación siempre es pura y simple, pero produce los efectos de una aceptación beneficiaria, bajo la condición de que la mujer haga inventario y rinda cuenta á los acreedores con todo cuanto recibió á título de mujer común.

Núm. 1. De las condiciones requeridas para la aceptación.

370. Estas condiciones son las que la ley y la doctrina exigen para la aceptación de una herencia. Nos limitaremos á hacer algunas aplicaciones del principio. Pothier dice que si la mujer había tomado la calidad de *común* en alguna acta hecha durante la comunidad, este hecho no implicaría su

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

tra objeción vuelve á presentarse, en lo que se refiere á los herederos, si tienen el derecho de opción. ¿Pueden los acreedores quitarles una parte de sus derechos ejerciendo la otra? Esto nos parece imposible. No insistimos en estas dificultades que sólo se discuten en la escuela; la práctica las ignora.

§ II. De la aceptacion.

369. La aceptación de la comunidad es un acto análogo á la aceptación de la herencia: cuando la mujer acepta, manifiesta la voluntad de ser mujer común, y se obliga para con los acreedores de la comunidad, así como el sucesible manifiesta, al aceptar, la voluntad de ser heredero y se obliga para con los acreedores de la heredad. El hecho jurídico es el mismo; hay sólo esta diferencia: que la mujer no es heredera, es socio de su marido: sin embargo, puede suceder que la fortuna del marido haya entrado en la comunidad; aunque sin ser heredera, la mujer tomará la mitad de estos bienes; toma, en todo caso, la mitad de la fortuna mueble del marido. Hay, pues, de hecho como de derecho, una gran analogía entre la situación de la mujer común y la del heredero. Por esto es que los mismos principios rigen la aceptación de la comunidad y la aceptación de la herencia. Como hemos ya tratado esta materia en el título de las *Sucesiones*, transladaremos en otro punto á lo que fué dicho en ella. Notemos sólo la diferencia capital que existe entre la mujer común y el heredero. Este puede aceptar pura y simplemente, ó bajo beneficio de inventario, mientras que la ley nada dice de una aceptación beneficiaria en el capítulo de la *Comunidad*. La mujer común goza, en tal calidad, del beneficio de emolumento, el que, por las ventajas que tiene, equivale al beneficio de inventario. Pero para el heredero el beneficio de inventario es una excepción, y bajo el punto de vista de los verdaderos principios, es una anomalía; por el

derecho común el heredero representa á la persona del difunto y está obligado por sus deudas como lo está cualquier deudor personal indefinidamente. No pasa así con la mujer común. No representa á nadie, es socio, obligada á las deudas con este título, y en el rigor del derecho, obligada como si las hubiera contraído personalmente, luego *ultra vires*. Pero la ley deroga el derecho común. La mujer nunca fué asociada en realidad; extraña á la comunidad, sólo está obligada á las deudas porque acepta la comunidad y porque recoge la mitad de los bienes; debe, pues, estar obligada hasta concurrencia de los bienes que recoge; sería enteramente inicuo que debiera soportar en sus bienes las deudas que el marido contrae sin ella. Es, pues, por razón de su dependencia como la mujer está obligada sólo hasta concurrencia de su emolumento; y como su dependencia es inherente á su calidad de mujer común, debe decirse que goza de derecho pleno del beneficio de emolumento. No tiene obligación de hacer una declaración cualquiera; si la ley la obliga al inventario, es con el fin de impedir que comprometa la prenda de los acreedores con su negligencia ó con su mala fe. Se sigue de esto que no hay para la mujer dos maneras de aceptar la comunidad, ya sea pura ó simplemente, ya bajo beneficio de inventario. Su aceptación siempre es pura y simple, pero produce los efectos de una aceptación beneficiaria, bajo la condición de que la mujer haga inventario y rinda cuenta á los acreedores con todo cuanto recibió á título de mujer común.

Núm. 1. De las condiciones requeridas para la aceptación.

370. Estas condiciones son las que la ley y la doctrina exigen para la aceptación de una herencia. Nos limitaremos á hacer algunas aplicaciones del principio. Pothier dice que si la mujer había tomado la calidad de *común* en alguna acta hecha durante la comunidad, este hecho no implicaría su

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

aceptación: no abriéndose el derecho de la mujer sino por la disolución de la comunidad, la mujer no pudo antes aceptar una comunidad en la que no tenía aún derecho formado. (1) Debe agregarse que en principio la mujer está realmente asociada, luego común durante la comunidad; puede, pues, tomar la calidad de común sin que se pueda inducir que entendió aceptar; aceptar es ejercer el derecho de opción, y la mujer sólo puede ejercer este derecho cuando está abierto, y no se abre sino en la disolución, como lo dice el art. 1,453. En nuestro concepto así es, aunque la comunidad esté disuelta por la separación de bienes; es decir, que la mujer no puede renunciar ó aceptar sino cuando la separación queda pronunciada (núm. 352).

371. Los tribunales olvidan á veces los principios elementales que rigen la aceptación cuando se trata de la comunidad. Una sentencia de la Corte de Lieja supone que la mujer puede todavía aceptar después de haber renunciado. (2) En principio esto es imposible, pues renunciar es ejercer el derecho de opción; la mujer que renuncia consume su derecho, se hace extraña á la comunidad, ¿y cómo había de aceptar una comunidad en la que ya no tiene ningún derecho? El art. 790 deroga este principio en materia de sucesión; pero basta leer el artículo para convencerse de que sólo puede aplicarse á la aceptación de una herencia. Desde que renuncia la mujer, los bienes de la comunidad se vuelven patrimonio del marido ó de sus herederos. Para mejor decir, siempre fué el marido el propietario exclusivo. ¿Puede depender de la mujer el quitar estos bienes al marido cuando hacen parte de su patrimonio? La mujer no puede, pues, volver sobre su renuncia, pues esto sería atacar los derechos del marido.

Por identidad de razón, la mujer que acepta la comuni-

1 Pothier, *De la comunidad*, núm. 536.
2 Lieja, 27 de Enero de 1841 (*Pasicrisia*, 1841, 2, 324).

dad no puede ya renunciarla. Ella también consumó su opción y no puede volver sobre su hecho. (1) La cuestión tiene un grande interés para los herederos del marido si la mujer ha aceptado sin hacer inventario. Pero aunque lo hubiese hecho se ha vuelto definitivamente mujer común por su aceptación; no depende de ella el romper el contrato de sociedad que formó al casarse y que consolida al aceptar.

372. ¿Puede la mujer menor aceptar la comunidad? Ni siquiera puede presentarse esta cuestión en lo que se refiere al *derecho* de aceptar. Este derecho es de la esencia misma de la comunidad; pertenece, pues, á cualquiera mujer casada; por lo tanto, á la mujer menor. El art. 1,455 lo supone; dice que la mujer *mayor* no puede hacerse *restituir* contra su aceptación si no hubo dolo por parte de los herederos de su marido; lo que implica que la mujer *menor* puede hacerse *restituir*, luego puede aceptar; (2) en efecto, la palabra restituir es una expresión técnica que sólo se emplea para los menores. Si la mujer menor puede hacerse restituir, esto es por razón de su menor edad. Es, pues, necesario que haya alguna cosa especial para la mujer menor. Ella está emancipada por su matrimonio, pero permanece incapaz, excepto para los actos de pura administración (artículo 484); y la aceptación de la comunidad no es un acto de pura administración, puede ser ruinosa para la mujer si no hace inventario, y aun cuando lo hiciera siempre tendría interés en no aceptar si la comunidad es mala ó si estipuló la devolución de lo que aporta en caso de renuncia. Síguese de esto que la mujer menor es incapaz para aceptar, aunque tiene derecho para ello. Esto es decir que su incapacidad debe cubrirse. ¿Pero cómo se cubrirá? Acerca de este punto la ley nada dice; hay, pues, que aplicar por analogía á la aceptación de la comunidad lo que dice el art. 776 de la

1 Bruselas, 10 de Marzo de 1847 (*Pasicrisia*, 1847, 2, 243).
2 Rodière y Pont, t. II, pág. 313, núm. 1137.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

aceptación de una sucesión: sólo puede hacerse con la autorización del consejo de familia. Esto es una consecuencia del art. 484, que asimila el menor emancipado al no emancipado para todos los actos que pasan de pura administración. (1) La asistencia de su curador no basta como se ha escrito; (2) en teoría, la ley hubiera podido conformarse con esta asistencia, puesto qué la aceptación de la comunidad no tiene las graves consecuencias que trae la aceptación de una sucesión, aunque se haga bajo beneficio de inventario; pero no conteniendo la ley ninguna disposición especial á este respecto, queda uno obligatoriamente bajo el imperio del art. 484 combinado con los arts. 461 y 776.

373. ¿Puede la mujer aceptar bajo condición á plazo ó en parte? Presentamos la cuestión porque algunos buenos autores la plantean. (3) Pero, en verdad, ¿para qué? ¿Se ha visto acaso alguna vez semejante aceptación parcial, condicional ó á plazo? Dejemos este asunto escolástico; las cuestiones serias tomadas de la vida real no nos faltan. Translademos á lo que fué dicho en el título de las *Sucesiones*.

Núm. 2. ¿Cuándo debe ó puede hacerse la aceptación?

374. Deben distinguirse las varias causas que dan lugar á la disolución de la comunidad. Ordinariamente ésta se disuelve por la muerte. En este caso, la ley no fija el plazo en el que deba aceptarse la comunidad; la mujer permanece bajo el imperio del derecho común, según el cual todo derecho puede y debe ejercer en el plazo de treinta años (art. 2,262). Pothier lo dice: «Mientras la mujer ó sus herederos no están apremiados para que hagan la elección que tienen de aceptar ó renunciar la comunidad, siempre tienen

1 Aubry y Rau, t. V, pág. 416, nota 20, pfo. 517 (4.ª edición).
2 Mourlón, t. III, pág. 89, núm. 210.
3 Aubry y Rau, t. V, pág. 416, nota 17, pfo. 517. Rodière y Pont, t. II, pág. 330, núm. 1061.

tiempo para hacerlo: el marido supérstite que ha permanecido solo en posesión de los bienes de la comunidad, no puede oponer á los herederos de la mujer sino la prescripción de treinta años, cuando no corre contra menores.» (1) ¿Por qué dice Pothier «mientras la mujer ó sus herederos no estén apremiados?» El marido ó sus herederos tienen el derecho de pedir la partición de la comunidad, y cuando la pide la mujer debe naturalmente pronunciarse y decir si acepta ó renuncia. Nadie está obligado á quedar en indivisión (art. 815); teniendo los copropietarios de la mujer derecho de promover, ésta no puede oponerles que tiene treinta años para pronunciarse. Los acreedores tienen igualmente el derecho de apremiar á la mujer, y por este apremio la mujer debe tomar calidad, aceptar ó renunciar, á no ser que se encuentre aún en el plazo que la ley le concede para hacer inventario y deliberar.

375. La viuda tiene un plazo de tres meses para hacer inventario, y cuarenta días para deliberar acerca de su aceptación ó renuncia, plazo que el tribunal puede prorrogar según las circunstancias (arts. 1,457 y 1,458). Ateniéndose al texto de la ley se pudiera creer que la mujer *debe* renunciar en los tres meses y cuarenta días después de la muerte de su marido; esto es una mala redacción que la misma ley corrige agregando en el art. 1,459 que «la viuda que no ha hecho su renuncia en este plazo no pierde la facultad de renunciar si no se ha inmiscuido y que ha hecho inventario; sólo que puede ser perseguida como común hasta que haya renunciado y debe pagar los gastos hechos contra ella hasta su renuncia.» Se ve con qué objeto la ley prescribe el plazo de tres meses y cuarenta días; la mujer no está obligada á aceptar ó renunciar en este plazo, pero mientras no

1 Pothier, *De la comunidad*, núm. 534. Aubry y Rau, t. V, pág. 427, nota 17, pfo. 516 y todos los autores.

expire puede rechazar la acción de los acreedores por una excepción dilatoria. La ley no lo dice en el capítulo de la *Comunidad*; hay que completar la disposición que acabamos de transcribir por el art. 797 en el título de las *Sucesiones*, siendo la situación y los principios idénticos. Si la mujer renuncia al concluir el plazo legal ó prorrogado, los gastos que los acreedores habían hecho no estarán á su cargo. Cuando ha fenecido el plazo la mujer no tiene ya excepción, debe tomar calidad y entonces soportar los gastos que los acreedores hacen por sus promociones si renuncia.

376. La ley dice que la mujer que hizo inventario conserva el derecho de renunciar; conserva, pues, su derecho de opción (arts. 1,456 y 1,459); no se dice durante qué plazo. El art. 2,262 lo dice para el ejercicio de cualquier derecho: "toda acción prescribe en el plazo de treinta años." Debe, pues, aplicarse á la viuda lo que el art. 789 dice del sucesible: "La facultad de aceptar ó renunciar la comunidad se prescribe por el tiempo requerido para la prescripción mayor de los derechos inmuebles." Se conocen las interminables controversias á las cuales dió lugar esta disposición; transladamos á lo que fué dicho en el título de las *Sucesiones*. La mujer permanece treinta años sin pronunciarse: ¿es aceptante ó renunciante? Contestaremos como lo hemos hecho para los sucesibles: que se ha vuelto extraña á la comunidad; no tiene ya derechos que ejercer. Ha sido sentenciado que la viuda ó sus herederos están como si hubiesen aceptado la comunidad cuando han quedado más de treinta años sin pronunciarse. (1) Los términos de la sentencia implican una presunción, y no hay presunción sin texto terminante que la establezca: ¿dónde está la ley que presuma á la mujer aceptante después de treinta años? La Corte de París cita el art. 789, pero le hace decir lo que no dice. El

1 París, 11 de Agosto de 1825 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 2171). Compárese Troplong, t. II, pág. 5, núm. 1508.

art. 789 no establece ninguna presunción; no declara que el sucesible esté como si hubiera aceptado cuando no ha renunciado en el plazo de treinta años; la ley aplica al derecho hereditario el principio general de la prescripción. Asímismo, el derecho de la mujer común en bienes prescribe por treinta años; es decir, que fenecido este plazo ésta queda sin derecho.

377. Si la comunidad está disuelta por el divorcio ó la separación de cuerpos, la mujer debe aceptar en el plazo de tres meses y cuarenta días; si no, está como si hubiese renunciado (art. 1,463). Volveremos á esta disposición que, en opinión general, se aplica á la separación de bienes.

Núm. 3. ¿Cómo se hace la aceptación?

I. De la aceptación expresa ó tácita.

378. La aceptación de la comunidad, así como la de la herencia, es expresa ó tácita. Es expresa cuando la mujer toma la calidad de común por una acta (art. 1,455); debe agregarse, como lo hace el art. 778 para el sucesible, que el acta puede ser auténtica ó privada. El principio es idéntico para el sucesible y para la mujer común; transladamos á lo que fué dicho en el título de las *Sucesiones*. Según el art. 1,454, la aceptación es tácita cuando la mujer se ha *inmiscuido* en los bienes de la comunidad; la ley agrega que los actos puramente administrativos ó conservatorios no implican inmisión. La ley establece los mismos principios que para la aceptación tácita de una herencia. Sin embargo, hay una diferencia que distingue la situación de la mujer; hay que detenerse en ella.

Pothier define la aceptación tácita como el Código lo hace en materia de sucesión. Aceptar la comunidad es manifestar la voluntad de ser mujer común; esta voluntad puede expresarse mediante hechos. ¿Cuál es el carácter del hecho

expire puede rechazar la acción de los acreedores por una excepción dilatoria. La ley no lo dice en el capítulo de la *Comunidad*; hay que completar la disposición que acabamos de transcribir por el art. 797 en el título de las *Sucesiones*, siendo la situación y los principios idénticos. Si la mujer renuncia al concluir el plazo legal ó prorrogado, los gastos que los acreedores habían hecho no estarán á su cargo. Cuando ha fenecido el plazo la mujer no tiene ya excepción, debe tomar calidad y entonces soportar los gastos que los acreedores hacen por sus promociones si renuncia.

376. La ley dice que la mujer que hizo inventario conserva el derecho de renunciar; conserva, pues, su derecho de opción (arts. 1,456 y 1,459); no se dice durante qué plazo. El art. 2,262 lo dice para el ejercicio de cualquier derecho: "toda acción prescribe en el plazo de treinta años." Debe, pues, aplicarse á la viuda lo que el art. 789 dice del sucesible: "La facultad de aceptar ó renunciar la comunidad se prescribe por el tiempo requerido para la prescripción mayor de los derechos inmuebles." Se conocen las interminables controversias á las cuales dió lugar esta disposición; transladamos á lo que fué dicho en el título de las *Sucesiones*. La mujer permanece treinta años sin pronunciarse: ¿es aceptante ó renunciante? Contestaremos como lo hemos hecho para los sucesibles: que se ha vuelto extraña á la comunidad; no tiene ya derechos que ejercer. Ha sido sentenciado que la viuda ó sus herederos están como si hubiesen aceptado la comunidad cuando han quedado más de treinta años sin pronunciarse. (1) Los términos de la sentencia implican una presunción, y no hay presunción sin texto terminante que la establezca: ¿dónde está la ley que presuma á la mujer aceptante después de treinta años? La Corte de París cita el art. 789, pero le hace decir lo que no dice. El

1 París, 11 de Agosto de 1825 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 2171). Compárese Troplong, t. II, pág. 5, núm. 1508.

art. 789 no establece ninguna presunción; no declara que el sucesible esté como si hubiera aceptado cuando no ha renunciado en el plazo de treinta años; la ley aplica al derecho hereditario el principio general de la prescripción. Asímismo, el derecho de la mujer común en bienes prescribe por treinta años; es decir, que fenecido este plazo ésta queda sin derecho.

377. Si la comunidad está disuelta por el divorcio ó la separación de cuerpos, la mujer debe aceptar en el plazo de tres meses y cuarenta días; si no, está como si hubiese renunciado (art. 1,463). Volveremos á esta disposición que, en opinión general, se aplica á la separación de bienes.

Núm. 3. ¿Cómo se hace la aceptación?

I. De la aceptación expresa ó tácita.

378. La aceptación de la comunidad, así como la de la herencia, es expresa ó tácita. Es expresa cuando la mujer toma la calidad de común por una acta (art. 1,455); debe agregarse, como lo hace el art. 778 para el sucesible, que el acta puede ser auténtica ó privada. El principio es idéntico para el sucesible y para la mujer común; transladamos á lo que fué dicho en el título de las *Sucesiones*. Según el art. 1,454, la aceptación es tácita cuando la mujer se ha *inmiscuido* en los bienes de la comunidad; la ley agrega que los actos puramente administrativos ó conservatorios no implican inmisión. La ley establece los mismos principios que para la aceptación tácita de una herencia. Sin embargo, hay una diferencia que distingue la situación de la mujer; hay que detenerse en ella.

Pothier define la aceptación tácita como el Código lo hace en materia de sucesión. Aceptar la comunidad es manifestar la voluntad de ser mujer común; esta voluntad puede expresarse mediante hechos. ¿Cuál es el carácter del hecho

para que pueda inducirse de él la voluntad de aceptar? Es necesario, dice Pothier, que el hecho sea tal que suponga *necesariamente* que la mujer tuvo voluntad de ser común. (1) El Código llama á este hecho un acto de *inmisión*; la expresión es romana (2) y vaga por sí misma: intervenir en la administración provisional de la comunidad, hacer actos conservatorios, es seguir el lenguaje ordinario, *inmiscuirse* en los bienes de la comunidad, pero no es *inmiscuirse* en el sentido técnico de la palabra, pues la ley tiene el cuidado de explicar que los actos puramente administrativos ó conservatorios no implican inmisión. Estos son también los términos del art. 776. Para determinar cuáles actos implican aceptación y cuáles no, hay, pues, que distinguir: los actos conservatorios no son actos de inmisión; lo mismo pasa con los actos *puramente administrativos*, lo que supone que los actos de disposición implican aceptación. Hay aquí una ligera diferencia entre la mujer común y el sucesible. Este se encuentra pocas veces en posesión de los bienes; cuando dispone, pues, de una cosa de la heredad, hace generalmente acto de heredero. La mujer, al contrario, cuando enviuda está en posesión; debe conservar y administrar los bienes comunes mientras toma calidad. Y sucede frecuentemente que un acto de disposición sea en realidad una medida conservatoria. Pothier lo hace notar: «Obsérvase, dice, que la viuda está de derecho propuesta para guardar y conservar los efectos de la comunidad antes que determine su elección de aceptar ó renunciar; por esto es que cuanto hace para la conservación de los bienes de la comunidad no debe tomarse como acto común: como cuando vende efectos que pueden deteriorarse ó que se ve obligada á vender para evitar la pérdida de otros.» Vender es un acto de disposición, pero, en el caso, la venta tiene por objeto conservar. Por la

1 Pothier, *De la comunidad*, núm. 537.
2 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 270, núm. 108 *bis*.

misma razón, continúa Pothier, cuando la viuda de un comerciante al por menor ó de un artesano, continúa, después de la muerte de su marido y antes de tomar calidad, en abrir su tienda y vender en ella mercancías, no se inmiscua, aunque venda efectos de la comunidad, pues hace esto para no ahuyentar á los parroquianos y para conservar el fondo de comercio que depende de la comunidad. (1)

379. Pueden verse en los autores los ejemplos que se dan habitualmente para distinguir los actos de inmisión y los actos de conservación y administración. (2) Tomaremos algunas aplicaciones en la jurisprudencia.

Una mujer separada de bienes pide y obtiene la entrega de su ropa y su cama, á más un ropero, una cómoda, un espejo y algunas sillas; dos años después renuncia. No tenía derecho al exiguo mobiliar que había tomado además de su ropa; en estricto derecho se la debía considerar como aceptante, puesto que recibía bienes que hacían parte del activo; no tenía derecho á ello como renunciante, luego podía decirse que era aceptante. Pero la aceptación es, ante todo, una cuestión de intención; y, en el caso, la mujer no tenía la voluntad de aceptar: si reclamaba los objetos que acabamos de enumerar era porque los había llevado cuando su matrimonio, y en su ignorancia de las leyes creíase con derecho á reclamarlos. No había, pues, inmisión; todo cuanto podía decirse es que la mujer debía restituir los objetos muebles que había tomado ó pagar su valor descontando sus devoluciones. Fué en este sentido como la Corte de Rouen decidió la contienda. (3)

Generalmente el hecho de tomar ó recibir lo que hace parte de la comunidad es un acto de inmisión. Después de

1 Pothier, *De la comunidad*, núm. 541.
2 Pothier, *De la comunidad*, núms. 538-545. Durantón, t. XIV, pág. 573, núm. 439. Rodière y Pont, t. II, pág. 320, núms. 1048-1051. Troplong, t. II, núms. 1511-1519 y 1523-1526.
3 Rouen, 10 de Julio de 1826 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 2250).

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

la muerte de su marido, una viuda recibe las rentas de una casa perteneciente á la comunidad; recibe los réditos de una renta y recibe lo que se debe á su marido por sus funciones en un empleo del gobierno provincial. Fué sentenciado que la viuda se había inmiscuido en los bienes de la comunidad, puesto que se los había apropiado: haciendo acto de propietaria debía de considerarse como tal, y, por consiguiente, aceptaba tácitamente la comunidad, puesto que sólo esta aceptación le daba derecho de obrar como propietaria. Se objetaba que éstos eran actos de administración y conservación. La Corte contestó que no existía ningún peligro en retardar estas entradas de fondos; si la mujer quería renunciar debía de haberse abstenido y dejar obrar á los herederos de su marido. (1)

380. Cuando la mujer separada de cuerpos ha concluido en su escrito de introducción de instancia con la liquidación de la comunidad, y que además reiteró su pedido en el curso del proceso de separación; en fin, cuando después de la sentencia presentó al juez del conocimiento solicitud para que el notario proceda á la liquidación, ha manifestado claramente su voluntad en ser mujer común. En nuestra opinión (núm. 352) se debieran haber apartado los hechos anteriores á la sentencia, puesto que la mujer no puede manifestar la voluntad de aceptar una comunidad que no está aún disuelta, y sólo lo hace posteriormente á la sentencia: pedir la liquidación de la comunidad disuelta es seguramente expresar la voluntad de aceptarla.

Cuando la comunidad está disuelta por la separación de cuerpos ó por el divorcio, hay una dificultad especial; para mejor decir, una objeción sin fundamento. El art. 1,463 dice que la mujer está como si renunciara cuando no ha aceptado en el plazo de tres meses y cuarenta días. Se ha pre-

1 Bruselas, 10 de Marzo de 1847 [*Pasicrisia*, 1847, 2, 243]. Compárese Bruselas, 20 de Mayo de 1826 (*Pasicrisia*, 1826, pág. 155, y Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 2106.

tendido que esta aceptación debía ser expresa. La ley no exige esto y no habría ninguna razón para exigirlo. Aceptar tácitamente es también aceptar, y desde que la mujer divorciada ó separada ha legalmente manifestado su voluntad de aceptar, no se la puede ya oponer una presunción de renuncia; presunción que, en verdad, no lo es, como lo diremos más adelante. La ley se funda en el silencio de la mujer para inducir que acepta; y no se puede decir que la mujer guarde silencio cuando acepta tácitamente, pues los hechos hablan también. (1) La jurisprudencia está en este sentido. (2)

381. Es á menudo difícil decidir si un acto implica ó no inmisión. Se pregunta si el juez puede autorizar á la mujer para que haga lo que crea necesario para la conservación de los bienes ó para su administración. Pothier da á la mujer el consejo de pedir la autorización con el fin de evitar contestación. Agrega que la mujer obrará prudentemente protestando que sólo hace el acto para la conservación de los bienes de la comunidad y sin perjuicio de sus derechos. Los autores modernos siguen esta opinión, cuando menos en lo que toca á la autorización del juez. (3) En nuestro concepto, la protesta sería inoperante y el ocurso al juez inútil. Sin duda aceptar es un acto de voluntad; pero cuando la mujer hace un acto tal como la enajenación de un bien común, que supone necesariamente la voluntad de aceptar, por más que proteste se le contestará que sus palabras no están acordes con sus hechos y que, por lo tanto, su protesta es inoperante. En cuanto al juez no tiene el derecho de intervenir en los negocios de los particulares mientras que no hay contienda que decidir. Es por pura excepción por lo que

1 Véanse los autores citados por Aubry y Rau, t. V, pág. 415 y nota 14, párrafo 517.

2 París, 2 de Mayo de 1850 (Dalloz, 1850, 2, 186). Compárese Denegada, 10 de Noviembre de 1845 (Dalloz, 1845, 1, 428), y 14 de Marzo de 1855 (Dalloz, 1855, 1, 62).

3 Pothier, *De la comunidad*, núm. 541. Durantón, t. XIV, pág. 574, número 441. Aubry y Rau, t. V, pág. 414 y nota 11, párrafo 517. Rodière y Pont, tomo II, pág. 320, núm. 1047. Troplong, t. II, pág. 8, núm. 1520.

la ley le da atribuciones que pertenecen á la jurisdicción voluntaria. Fuera de estas excepciones los tribunales son incompetentes para conceder una autorización cualquiera. Transladamos á lo que fué dicho en el título *De las Sucesiones.*

II. De la malversión de los efectos de la comunidad.

382. El art. 1,460 dice: "La viuda que ha dilapidado ó retenido algunos efectos de la comunidad, será declarada común, no obstante su renuncia; lo mismo sucederá con sus acreedores." El art. 1,477 contiene también otra disposición sobre este punto: "Aquel de los esposos que hubiese malversado ó detenido algunos efectos de la comunidad, queda privado de su parte en dichos efectos." Hemos encontrado análogas disposiciones en el título *De las Sucesiones.* Según el art. 792, los herederos que hubiesen malgastado ó detenido efectos de una sucesión, pierden el derecho de renunciarla: permanecen herederos puros y simples, no obstante su renuncia, sin poder pretender parte alguna en los objetos dilapidados ó retenidos.

Hay una diferencia entre la mala versión de los efectos de una sucesión y la de los efectos de la comunidad. Todo heredero está llamado á aceptar ó renunciar, luego todo heredero que malgasta un efecto de la heredad incurre en la doble pena pronunciada por la ley; pierde la facultad de renunciar y el derecho en los efectos que malgastó ó retuvo. En caso de comunidad, la mujer sola tiene derecho de aceptar ó renunciar, ella también se castiga con la doble pena pronunciada por la ley. En cuanto al marido, es necesariamente aceptante; no puede, pues, incurrir en la pérdida de la facultad de renunciar que no le pertenece; si malversa un efecto de la comunidad, sólo le alcanza la pena marcada por el art. 1,477. Esta pena es común á ambos esposos; es en la aplicación del art. 1,477 en donde se presentan las demasiadas contestaciones de que están llenos los *Repertorios.* Aplazaremos, por este motivo, al capítulo *De la Partición,* lo que tenemos que decir de la malversión y de la ocultación, limitándonos por ahora á los principios que se refieren particularmente á la mujer.

383. ¿Qué son la malversión y la ocultación? Transladamos al título de las *Sucesiones* (t. IX, núm. 335) y á lo que diremos más adelante al explicar el art. 1,477. El carácter esencial que constituye el divertimiento es la intención fraudulenta; la mujer que divierte ú oculta un efecto de la comunidad quiere apropiárselo en perjuicio de los herederos del marido; esto es un delito criminal, pero importa observar que el Código Civil no considera el divertimiento como un robo; no es, pues, necesario que este hecho presente el carácter de un delito criminal, basta que haya delito civil; es decir, dolo ó fraude. La consecuencia del delito es que la mujer es *declarada común* no obstante su renuncia. La mujer sólo puede ser común en virtud de una aceptación. ¿Quiere esto decir que el hecho del divertimiento equivalga á una aceptación tácita? El texto del Código prueba lo contrario: supone que la mujer, después de haber divertido, renuncia; luego al divertir no tenía intención de aceptar. El divertimiento no es, pues, una aceptación. ¿Cómo conciliar la disposición del art. 1,460 con la realidad de las cosas? La mujer no tuvo voluntad de aceptar y, sin embargo, ella es común. Sólo hay un medio de explicar el derecho cuando se halla en oposición con el hecho, es considerarlo como una ficción. En efecto, el legislador tuvo que ocurrir á una ficción, si no hubiera tenido que tratar á la mujer como culpable de un delito criminal. Las relaciones íntimas que existen ó existían entre esposos, ordenan la indulgencia y la reserva. Se finge, pues, que la mujer dispuso de los objetos de la comunidad como mujer común. Pero, á la vez, la ley

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

la ley le da atribuciones que pertenecen á la jurisdicción voluntaria. Fuera de estas excepciones los tribunales son incompetentes para conceder una autorización cualquiera. Transladamos á lo que fué dicho en el título *De las Sucesiones.*

II. De la malversión de los efectos de la comunidad.

382. El art. 1,460 dice: "La viuda que ha dilapidado ó retenido algunos efectos de la comunidad, será declarada común, no obstante su renuncia; lo mismo sucederá con sus acreedores." El art. 1,477 contiene también otra disposición sobre este punto: "Aquel de los esposos que hubiese malversado ó detenido algunos efectos de la comunidad, queda privado de su parte en dichos efectos." Hemos encontrado análogas disposiciones en el título *De las Sucesiones.* Según el art. 792, los herederos que hubiesen malgastado ó detenido efectos de una sucesión, pierden el derecho de renunciarla: permanecen herederos puros y simples, no obstante su renuncia, sin poder pretender parte alguna en los objetos dilapidados ó retenidos.

Hay una diferencia entre la mala versión de los efectos de una sucesión y la de los efectos de la comunidad. Todo heredero está llamado á aceptar ó renunciar, luego todo heredero que malgasta un efecto de la heredad incurre en la doble pena pronunciada por la ley; pierde la facultad de renunciar y el derecho en los efectos que malgastó ó retuvo. En caso de comunidad, la mujer sola tiene derecho de aceptar ó renunciar, ella también se castiga con la doble pena pronunciada por la ley. En cuanto al marido, es necesariamente aceptante; no puede, pues, incurrir en la pérdida de la facultad de renunciar que no le pertenece; si malversa un efecto de la comunidad, sólo le alcanza la pena marcada por el art. 1,477. Esta pena es común á ambos esposos; es en la aplicación del art. 1,477 en donde se presentan las demasiadas contestaciones de que están llenos los *Repertorios.* Aplazaremos, por este motivo, al capítulo *De la Partición,* lo que tenemos que decir de la malversión y de la ocultación, limitándonos por ahora á los principios que se refieren particularmente á la mujer.

383. ¿Qué son la malversión y la ocultación? Transladamos al título de las *Sucesiones* (t. IX, núm. 335) y á lo que diremos más adelante al explicar el art. 1,477. El carácter esencial que constituye el divertimiento es la intención fraudulenta; la mujer que divierte ú oculta un efecto de la comunidad quiere apropiárselo en perjuicio de los herederos del marido; esto es un delito criminal, pero importa observar que el Código Civil no considera el divertimiento como un robo; no es, pues, necesario que este hecho presente el carácter de un delito criminal, basta que haya delito civil; es decir, dolo ó fraude. La consecuencia del delito es que la mujer es *declarada común* no obstante su renuncia. La mujer sólo puede ser común en virtud de una aceptación. ¿Quiere esto decir que el hecho del divertimiento equivalga á una aceptación tácita? El texto del Código prueba lo contrario: supone que la mujer, después de haber divertido, renuncia; luego al divertir no tenía intención de aceptar. El divertimiento no es, pues, una aceptación. ¿Cómo conciliar la disposición del art. 1,460 con la realidad de las cosas? La mujer no tuvo voluntad de aceptar y, sin embargo, ella es común. Sólo hay un medio de explicar el derecho cuando se halla en oposición con el hecho, es considerarlo como una ficción. En efecto, el legislador tuvo que ocurrir á una ficción, si no hubiera tenido que tratar á la mujer como culpable de un delito criminal. Las relaciones íntimas que existen ó existían entre esposos, ordenan la indulgencia y la reserva. Se finge, pues, que la mujer dispuso de los objetos de la comunidad como mujer común. Pero, á la vez, la ley

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

la castiga con una doble pena. Esto es, pues, una aceptación impuesta á título de pena. El Relator del Tribunado explicó la ley en este sentido: "El esposo que divierte ú oculta efectos de la comunidad es culpable. Pero la decencia pública, el recuerdo del lazo augusto que acaba de romper, ó la dignidad del matrimonio que algunas veces aun subsiste, no permiten emplear aquí, ni la idea, ni el nombre, ni la promoción de un delito." (1)

384. La ficción de la aceptación resultante de un divertimiento, da lugar á una dificultad cuando la mujer es menor. ¿Se le aplica la pena del art. 1,460? Hay controversia. Transladamos á lo dicho en el título de las *Sucesiones* (t. IX, núm. 338); la cuestión es idéntica. Las palabras de Duveyrier que acabamos de transcribir prueban que hay delito; pero el legislador no lo quiere calificar así, no obstante infligir una pena al esposo culpable. Esto sanja la cuestión. La aceptación es una ficción; en realidad hay un delito, cuando menos civil; y los menores no tienen que ser restituídos por las obligaciones resultantes de sus delitos ó cuasidelitos. (2)

385. La ley supone que la mujer renuncia después de haber ocultado; declara á la mujer común en bienes, no obstante su renuncia. ¿Quiere esto decir que los herederos del marido estén obligados á considerar á la mujer como aceptante, ó pueden pedir que la renuncia de la mujer sea mantenida? Se enseña que los herederos del marido tienen elección de tratar á la mujer como aceptante ó como renunciante. (3) Esto nos parece dudoso. La ley establece una ficción por interés de la decencia pública: prefiere ver en la

1 Duveyrier, *Informe*, núm. 41 [Locré, t. VI, pág. 426]. Compárese el t. IX de estos *Principios*, núm. 334; y Durantón, t. XIV, pág. 575, núm. 442; Troplong, t. II, pág. 19, núm. 1560.

2 Véanse, en sentido contrario, los autores citados por Aubry y Rau, t. V, pág. 422, nota 37, pfo. 517, y por Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 2205).

3 Bellot des Minières, t. II, págs. 287 y siguientes, y todos los autores.

mujer culpable un esposo común en bienes mejor que un ladrón.

Si los herederos del marido tuvieran el derecho de mantener la renuncia de la mujer, ¿qué resultaría? La mujer renunciante está como si nunca hubiese sido común; se había, pues, apropiado, sin pretexto aparente, efectos pertenecientes al marido ó a sus herederos: debería restituirlos y quedaría manchada con un delito, podría ser demandada criminalmente. Es esta demanda, este escándalo, lo que quiso evitar la ley. Hay objeciones y son serias. Si los herederos del marido deciden tratar á la mujer como renunciante, es porque la comunidad que la mujer creía mala, puesto que la renunció, se encuentra ser ventajosa: la ley quería castigar á la mujer declarándola aceptante y obligándola por consiguiente á soportar *ultra vires* la mitad de las deudas que le tocan; y hé aquí que la mujer culpable viene á decir: soy mujer común y tomó mi parte en la comunidad que intenté despojar. Este resultado es seguramente contrario á las previsiones del legislador; en lugar de declarar aceptante á la mujer, hubiera debido dar á los herederos del marido el derecho de elegir, pero no lo hiso así; el texto y el espíritu de la ley se oponen, en nuestro sentir, á que la ficción del artículo 1,460 pueda apartarse.

¿Es aplicable el art. 1,460 cuando la mujer ha divertido los efectos de la comunidad antes de la muerte de su marido? Debe aplicarse á la viuda, por analogía, lo que hemos dicho en el título de las *Sucesiones* del heredero que ha divertido antes de la apertura de la herencia (t. IX, número 339).

386. Si la mujer oculta después de haber renunciado, la ficción se hace imposible, pues por su renuncia se ha vuelto extraña á la comunidad; no divierte, despoja á los herederos del marido con lo que ha substraído. Se vuelve al derecho común: los herederos del marido tendrán contra la mujer la

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

acción procedente del delito criminal ó del delito civil de que se haya hecho culpable. (1)

387. El art. 1,460 supone que la viuda es quien ha malversado. Cuando la comunidad está disuelta por el divorcio, la separación de cuerpos ó la separación de bienes, la mujer no está en posesión de la herencia, es el marido quien posee, puede vigilar sus intereses é impedir cualquiera substracción. Sin embargo, puede suceder que la mujer substraiga y después renuncie, ó que se la repute renunciante en vista de su silencio en el plazo de tres meses y cuarenta días. ¿Se le aplicará la disposición del art. 1,460? Hay dos motivos que parecen oponerse á ello. La disposición es penal y las penas no se extienden; se puede contestar que la pena es más bien un acto de indulgencia, puesto que impide que se demande á la mujer por delito. Esta es, pues, una disposición de favor que debe aprovechar á la mujer divorciada, separada de cuerpos ó de bienes, porque hay las mismas razones.

La mujer que divierte se supone aceptar por una ficción de la ley: ¿se extienden las ficciones? Nó, pero en el caso debe verse en provecho de quién se establece la ficción; no es á la *viuda* á quien la ley entendió cubrir con su protección, la viuda no tiene excusa cuando el mismo día de la muerte de su marido piensa en despojar á la comunidad. La ley quiere poner al abrigo de demandas á la mujer que ha sido casada ó todavía lo está, como lo dice Duveyrier; luego la ficción es general; si el artículo cita á la viuda, es porque en los artículos que preceden se trata de la disolución de la comunidad por la muerte. Pero el art. 1,477 que continúa al 1,460, no hace ninguna distinción, castiga á cualquier esposo que divierte; luego se debe también en-

1 Véase el t. IX de estos *Principios*, núm. 339. Compárese Durantón, tomo XIV, pág. 575, núm. 443, y todos los autores, excepto Troplong (Aubry y Rau, t. V, pág. 421, nota 36, pfo. 517).

tender en el mismo sentido el art. 1,460. Hay una sentencia, en sentido contrario, que Troplong aprueba. (1)

III. ¿Cuándo puede ser atacada la aceptación?

388. Ya hemos dicho que en principio la aceptación es irrevocable; el art. 1,455 lo dice terminantemente de la aceptación expresa: «La mujer mayor que tomó por acta la calidad de común, no puede ya renunciar ni hacerse restituir contra esta calidad, aunque la hubiese tomado antes de haber hecho inventario, si no hubo dolo por parte de los herederos del marido.» Lo que la ley dice de la aceptación expresa es también verdad de la aceptación tácita; el artículo 1,454 lo dice: «La mujer que se ha inmiscuido en los bienes de la comunidad ya no puede renunciarla.» El artículo no agrega que la mujer no puede hacerse restituir contra su aceptación, pero se comprende que así sea, puesto que no hay ninguna razón para que pueda volver sobre la opción que consumó al aceptar. (2)

389. ¿La regla recibe excepción? Al decir que la mujer *mayor* no puede hacerse restituir contra su aceptación, el art 1,445 supone que la mujer *menor* tiene este derecho. Esto es incontestable si se admite, y esta es la general opinión: que la mujer menor es incapaz para aceptar si no es en las formas prescriptas por la ley. Si, pues, aceptó sin autorización del consejo de familia, podrá pedir la nulidad de su aceptación. Decimos que puede promover la *nulidad*. En efecto, hay formas prescriptas; debe, pues, aplicarse el principio del art. 484: la mujer menor emancipada se asimila al menor no emancipado y, por consiguiente, puede pedir la nulidad de la aceptación que ha hecho de la comunidad por

1 Tolosa, 23 de Agosto de 1827 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 781). Troplong, t. II, pág. 23, núm. 1568.

2 Rodière y Pont, t. II, pág. 323, núm. 1054. Compárese Colmet de Santerre, t. VI, pág. 271, núm. 200 *bis* II, que se expresa inexactamente, diciendo que la ley no declara irrevocable sino la aceptación expresa.

acción procedente del delito criminal ó del delito civil de que se haya hecho culpable. (1)

387. El art. 1,460 supone que la viuda es quien ha malversado. Cuando la comunidad está disuelta por el divorcio, la separación de cuerpos ó la separación de bienes, la mujer no está en posesión de la herencia, es el marido quien posee, puede vigilar sus intereses é impedir cualquiera substracción. Sin embargo, puede suceder que la mujer substraiga y después renuncie, ó que se la repute renunciante en vista de su silencio en el plazo de tres meses y cuarenta días. ¿Se le aplicará la disposición del art. 1,460? Hay dos motivos que parecen oponerse á ello. La disposición es penal y las penas no se extienden; se puede contestar que la pena es más bien un acto de indulgencia, puesto que impide que se demande á la mujer por delito. Esta es, pues, una disposición de favor que debe aprovechar á la mujer divorciada, separada de cuerpos ó de bienes, porque hay las mismas razones.

La mujer que divierte se supone aceptar por una ficción de la ley: ¿se extienden las ficciones? Nó, pero en el caso debe verse en provecho de quién se establece la ficción; no es á la *viuda* á quien la ley entendió cubrir con su protección, la viuda no tiene excusa cuando el mismo día de la muerte de su marido piensa en despojar á la comunidad. La ley quiere poner al abrigo de demandas á la mujer que ha sido casada ó todavía lo está, como lo dice Duveyrier; luego la ficción es general; si el artículo cita á la viuda, es porque en los artículos que preceden se trata de la disolución de la comunidad por la muerte. Pero el art. 1,477 que continúa al 1,460, no hace ninguna distinción, castiga á cualquier esposo que divierte; luego se debe también en-

1 Véase el t. IX de estos *Principios*, núm. 339. Compárese Durantón, tomo XIV, pág. 575, núm. 443, y todos los autores, excepto Troplong (Aubry y Rau, t. V, pág. 421, nota 36, pfo. 517).

tender en el mismo sentido el art. 1,460. Hay una sentencia, en sentido contrario, que Troplong aprueba. (1)

III. ¿Cuándo puede ser atacada la aceptación?

388. Ya hemos dicho que en principio la aceptación es irrevocable; el art. 1,455 lo dice terminantemente de la aceptación expresa: «La mujer mayor que tomó por acta la calidad de común, no puede ya renunciar ni hacerse restituir contra esta calidad, aunque la hubiese tomado antes de haber hecho inventario, si no hubo dolo por parte de los herederos del marido.» Lo que la ley dice de la aceptación expresa es también verdad de la aceptación tácita; el artículo 1,454 lo dice: «La mujer que se ha inmiscuido en los bienes de la comunidad ya no puede renunciarla.» El artículo no agrega que la mujer no puede hacerse restituir contra su aceptación, pero se comprende que así sea, puesto que no hay ninguna razón para que pueda volver sobre la opción que consumó al aceptar. (2)

389. ¿La regla recibe excepción? Al decir que la mujer *mayor* no puede hacerse restituir contra su aceptación, el art 1,445 supone que la mujer *menor* tiene este derecho. Esto es incontestable si se admite, y esta es la general opinión: que la mujer menor es incapaz para aceptar si no es en las formas prescriptas por la ley. Si, pues, aceptó sin autorización del consejo de familia, podrá pedir la nulidad de su aceptación. Decimos que puede promover la *nulidad*. En efecto, hay formas prescriptas; debe, pues, aplicarse el principio del art. 484: la mujer menor emancipada se asimila al menor no emancipado y, por consiguiente, puede pedir la nulidad de la aceptación que ha hecho de la comunidad por

1 Tolosa, 23 de Agosto de 1827 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 781). Troplong, t. II, pág. 23, núm. 1568.

2 Rodière y Pont, t. II, pág. 323, núm. 1054. Compárese Colmet de Santerre, t. VI, pág. 271, núm. 200 *bis* II, que se expresa inexactamente, diciendo que la ley no declara irrevocable sino la aceptación expresa.

inobservancia de las formas legales, sin que deba probar que está perjudicada; el acta es nula en la forma según el artículo 1,311, y no está sujeta á restitución. Transladamos á lo que fué dicho en el título de las *Obligaciones* (1)

390. «La mujer mayor que tomó calidad de común en un acta no puede hacerse restituir contra esta calidad si no hubo dolo por parte de los herederos del marido» (artículo 1,445). Esta es una disposición análoga á la del artículo 783; transladamos al título de las *Sucesiones* para lo que se refiere al principio. Hay diferencias de redacción entre ambas disposiciones. El art. 783 habla de la aceptación expresa ó tácita, mientras que el art. 1,455 sólo habla de la aceptación expresa. ¿Quiere esto decir que la aceptación tácita de la comunidad no pueda ser atacada por causa de dolo? Nó, seguramente. El dolo es un vicio de consentimiento, y la aceptación implica el consentimiento de la mujer, ya sea tácita ó expresa. Si el art. 1,455 no habla del consentimiento tácito, es por pura negligencia de redacción.

Hay otra diferencia entre ambos textos. El art. 783 anula la aceptación de una herencia en el caso en el cual hubiese sido la consecuencia de un dolo practicado contra los herederos; la ley no dice por quién debe ser practicado el dolo para que vicie la aceptación; hemos concluido de esto que la aceptación de una sucesión puede ser atacada desde que es la consecuencia de un dolo, poco importa que éste haya sido practicado por un coheredero ó por un acreedor (tomo IX, núm. 354). El art. 1,455 parece estar concebido en términos restrictivos; admite el dolo como causa de restitución, pero agregando: «*Si no hubo dolo por parte de los herederos del marido.*» ¿Qué debe decidirse si hubo dolo por parte de los *acreedores?* Bajo el punto de vista de los principios no hay ninguna duda: la aceptación de la comunidad y la aceptación de la herencia son hechos idénticos, el dolo

1 Aubry y Rau, t. V, pág. 416 y nota 21 (4ª edición).

es un vicio idéntico; debe, pues, decirse que donde hay igual razón para decidir debe haber igual decisión. Hay, sin embargo, una razón para dudar, es que la interpretación del art. 783 está controvertida; ¿es la aplicación de los principios generales que rigen el dolo ó es una derogación á estos principios? Recordemos que, según el art. 1,116, el dolo sólo es una causa de nulidad de las *convenciones* cuando las maniobras han sido practicadas por una de las partes. En nuestra opinión, conforme al texto este principio sólo es aplicable á las convenciones, queda extraño á la aceptación de una sucesión ó de una comunidad. No debe, pues, decirse, como se ha hecho, (1) que el art. 1,455 aplica un principio general al exigir que el dolo haya sido practicado por los herederos del marido. Estos no son *partes* en la aceptación de la comunidad como no lo son los acreedores del marido, puesto que la aceptación es un hecho unilateral, una manifestación de la voluntad de la mujer que declara querer ser socio; y desde que la voluntad está viciada debe haber nulidad. Si el art. 1,455 nada dice de los herederos del marido es porque éstos tienen, sobre todo, interés en practicar las maniobras fraudulentas para conducir á la mujer á aceptar. ¿Cuál es este interés? Se debe suponer que, por sus maniobras dolosas, conducen á la mujer á aceptar sin hacer inventario, pues si lo hace queda obligada á las deudas sólo hasta concurrencia de su emolumento; y en esta hipótesis los herederos del marido no tienen ningún interés en que la mujer acepte, puesto que quedan obligados á las deudas *ultra vires*, y deben, en todo caso, pagarlas, cualquiera que sea la resolución de la mujer; si el pasivo es de 20,000 francos y el activo de 10,000, los herederos del marido, en cualquiera hipótesis, deberán soportar la pérdida de 10,000 francos. Si la mujer acepta toma 5,000 francos del activo y sólo soporta las deudas hasta concurrencia de

1 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 271, núm. 109 *bis* III.

su emolumento; es decir, de esta suma los herederos del marido tendrán 5,000 francos de activo y 15,000 francos de deudas que pagar; luego resulta para ellos una pérdida de 10,000 francos. Si la mujer renuncia los herederos tendrán los 10,000 francos de activo, y pagarán los 20,000 francos de deudas, de manera que su pérdida siempre será de 10,000 francos. Pero si llegan á conducir á la mujer á que acepte sin hacer inventario ella deberá soportar la mitad de la deuda, 10,000 francos, aunque su emolumento sólo sea de 5,000; sólo falta por pagar 10,000 francos; los herederos ganan, pues, 5,000 francos. Los acreedores también están interesados en que la mujer acepte sin inventario, pero sólo es en el caso en que los herederos fuesen insolventes; la mujer será entonces deudora ilimitada por su parte en las deudas. Si los herederos son solventes, los acreedores no tienen ningún interés en la aceptación de la mujer; quizá sea por esta razón por lo que el art. 1,455 no los menciona. Lo seguro es que los principios no dejan ninguna duda, y el texto debe interpretarse según los principios, puesto que no está concebido en términos restrictivos. (1)

391. ¿Pueden los acreedores de la mujer atacar su aceptación en el caso en que hubiese aceptado en fraude de sus derechos? La cuestión está controvertida. Pothier la decide afirmativamente. Supone que la mujer ha estipulado la devolución de sus aportes, en caso de renuncia; si la comunidad es mala, la mujer debe renunciar para volver á tomar su dote mueble. En lugar de renunciar acepta para descargar á los herederos del marido con la devolución de lo aportado por ella; causa un perjuicio á los acreedores suyos. También habría perjuicio si aceptara sin hacer inventario. Se pregunta si los acreedores lesionados pueden atacar la aceptación como fraudulenta. Pothier no tenía ninguna duda

1 Aubry y Rau, t. V, pág. 416, nota 18, pfo. 517. Marcadé, t. V, pág. 607, núm 11 del art. 1455. Mourlón, t. II, pág. 90, núm. 212.

en ello: los acreedores, dice, podrán hacer declarar nula y fraudulenta la aceptación de la comunidad hecha por la mujer y, sin tenerla en cuenta, ejercer las devoluciones de lo aportado por ella, como deudora suya, abandonando á los acreedores del marido la parte de la mujer en la comunidad. (1)

Creemos que debe seguirse la opinión de Pothier, bajo el imperio del Código, si se admite, como se enseña generalmente, que los acreedores de la mujer pueden renunciar en nombre de su deudora (núm. 368). El art. 1,167 da á los acreedores el derecho de atacar *las actas* hechas por sus deudores en fraude de sus derechos, luego *cualquiera acta* fraudulenta y, por consiguiente, la aceptación de la comunidad si fué hecha en fraude de sus derechos. Se objeta el art. 1,464 que da á los acreedores el derecho de atacar la renuncia de la mujer; dándoles el derecho de pedir la nulidad de la renuncia ¿no entenderá la ley rehusarles el derecho de pedir la nulidad de la aceptación? El 2.° inciso del art. 1,167 parece confirmar esta interpretación restrictiva, disponiendo que los acreedores deben, en cuanto á sus derechos enunciados en el título del *Contrato de Matrimonio*, conformarse con las reglas que se prescriben en dicho título: ¿no es esto decir que los acreedores no tienen otros derechos que aquellos que la ley les concede expresamente en el título del *Contrato de Matrimonio?* Apartamos desde luego el art. 1,167 que no tiene el sentido que acabamos de suponerle; transladamos á lo que fué dicho en el título de las *Obligaciones* (t. XVI, núm. 474). En cuanto al art. 1,464 sólo aplica el principio general de la acción pauliana; no se puede inducir de él que el mismo principio no debe recibir su aplicación á la aceptación de la comunidad, esto sería argüir con el silencio de la ley para derogar á la misma. Se

1 Pothier, *De la comunidad*, núm. 559.

pregunta por qué los autores del Código han hecho una disposición tan terminante acerca de la renuncia, cuando guardan silencio respecto de la aceptación. Los autores contestan que siempre ha habido controversia acerca de las actas de renuncia: ¿se someten ó no á la acción pauliana? En derecho romano se decidía la negativa, mientras que en derecho francés se decide la afirmativa; el Código quiso evitar toda clase de duda. (1) Hay otra razón más sencilla y, por consiguiente, más probable. La aceptación fraudulenta casi es ya una teoría; se agita en la escuela, pero se presenta raras veces en la práctica. Y los autores del Código son prácticos, han descuidado una cuestión que les parecía ociosa.

Creemos inútil entrar en la discusión de los motivos que se dan para la opinión contraria. (2) Hay una objeción que no se hace y que nos parece ser más seria. Los acreedores hacen anular la aceptación por fraudulenta; ¿qué harán después? Pothier dice que ejercerán los derechos de la mujer, su deudora; es decir, que renunciarán. Esto supone que tienen derecho para renunciar, lo que nos parece muy dudoso. La mujer, al aceptar, ha consumado su opción, no tiene ya derecho de ejercerla. Su aceptación subsiste en cuanto á ella, sólo es nula por interés de los acreedores. Para que éstos tuviesen el derecho de renunciar cuando no lo tiene ya su deudora, ¿no sería preciso un texto?

La jurisprudencia se ha pronunciado por la opinión generalmente enseñada. (3)

IV. Efecto de la aceptación.

392. Según el art. 777, la aceptación de una sucesión re-

1 Rodière y Pont, t. II, pág. 326, núm. 1057. Mourlón, t. III, pág. 90, número 214. Colmet de Santerre, t. VI, pág. 279, núm. 121 *bis*.

2 Lo que dice Troplong (t. II, pág. 9, núm. 1529) es insignificante.

3 Denegada, 5 de Diciembre de 1838 (Dalloz, en la palabra *Sucesión*, número 520), y 5 de Abril de 1869 (Dalloz, 1869, 1, 239).

monta al día de la apertura de la herencia. Pothier aplica el mismo principio á la aceptación de la comunidad. La aceptación de la mujer tiene un efecto retroactivo al día de la disolución de la comunidad, de manera que la mujer es reputada propietaria por indiviso por la mitad de todos los bienes de que la comunidad se halla entonces compuesta, así como de los frutos que se han percibido desde aquel tiempo y todo lo que procede de dichos bienes. (1) Sin duda la mujer es copropietaria de los bienes que componen la comunidad cuando la disolución, ¿pero no remonta más allá su derecho? No se la puede comparar con el heredero; el sucesible adquiere un nuevo derecho que sólo se abre por la muerte del que está llamado á suceder, mientras que la mujer es común en virtud de su contrato de matrimonio; no adquiere un derecho en la comunidad á la muerte de su marido, su derecho preexiste, está únicamente llamada á ejercer su facultad de opción. Puede renunciar, y en este caso nunca ha sido común. Puede aceptar, y en este caso siempre ha sido común.

El mismo Pothier aplica este principio en pasivo. Por su aceptación, dice, la mujer se vuelve deudora, por su parte en la comunidad, de todas las deudas de la misma; está como si las hubiera contraído en su calidad de común juntamente con su marido. Luego es común antes de la disolución de la comunidad; y si es común para las deudas debe serlo para los bienes; es copropietaria como es codeudora en virtud de su calidad de socio; y esta calidad data desde la celebración de su matrimonio; es decir, desde la convención por la cual, al casarse sin contrato, adoptó el régimen de la comunidad.

393. La mujer, á consecuencia de su aceptación, está como si hubiese tomado parte en todos los actos hechos por el marido como jefe de la comunidad. ¿Quiere esto decir que

1 Pothier, *De la comunidad*, núm. 548.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

pregunta por qué los autores del Código han hecho una disposición tan terminante acerca de la renuncia, cuando guardan silencio respecto de la aceptación. Los autores contestan que siempre ha habido controversia acerca de las actas de renuncia: ¿se someten ó no á la acción pauliana? En derecho romano se decidía la negativa, mientras que en derecho francés se decide la afirmativa; el Código quiso evitar toda clase de duda. (1) Hay otra razón más sencilla y, por consiguiente, más probable. La aceptación fraudulenta casi es ya una teoría; se agita en la escuela, pero se presenta raras veces en la práctica. Y los autores del Código son prácticos, han descuidado una cuestión que les parecía ociosa.

Creemos inútil entrar en la discusión de los motivos que se dan para la opinión contraria. (2) Hay una objeción que no se hace y que nos parece ser más seria. Los acreedores hacen anular la aceptación por fraudulenta; ¿qué harán después? Pothier dice que ejercerán los derechos de la mujer, su deudora; es decir, que renunciarán. Esto supone que tienen derecho para renunciar, lo que nos parece muy dudoso. La mujer, al aceptar, ha consumado su opción, no tiene ya derecho de ejercerla. Su aceptación subsiste en cuanto á ella, sólo es nula por interés de los acreedores. Para que éstos tuviesen el derecho de renunciar cuando no lo tiene ya su deudora, ¿no sería preciso un texto?

La jurisprudencia se ha pronunciado por la opinión generalmente enseñada. (3)

IV. Efecto de la aceptación.

392. Según el art. 777, la aceptación de una sucesión re-

1 Rodière y Pont, t. II, pág. 326, núm. 1057. Mourlón, t. III, pág. 90, número 214. Colmet de Santerre, t. VI, pág. 279, núm. 121 *bis*.

2 Lo que dice Troplong (t. II, pág. 9, núm. 1529) es insignificante.

3 Denegada, 5 de Diciembre de 1838 (Dalloz, en la palabra *Sucesión*, número 520), y 5 de Abril de 1869 (Dalloz, 1869, 1, 239).

monta al día de la apertura de la herencia. Pothier aplica el mismo principio á la aceptación de la comunidad. La aceptación de la mujer tiene un efecto retroactivo al día de la disolución de la comunidad, de manera que la mujer es reputada propietaria por indiviso por la mitad de todos los bienes de que la comunidad se halla entonces compuesta, así como de los frutos que se han percibido desde aquel tiempo y todo lo que procede de dichos bienes. (1) Sin duda la mujer es copropietaria de los bienes que componen la comunidad cuando la disolución, ¿pero no remonta más allá su derecho? No se la puede comparar con el heredero; el sucesible adquiere un nuevo derecho que sólo se abre por la muerte del que está llamado á suceder, mientras que la mujer es común en virtud de su contrato de matrimonio; no adquiere un derecho en la comunidad á la muerte de su marido, su derecho preexiste, está únicamente llamada á ejercer su facultad de opción. Puede renunciar, y en este caso nunca ha sido común. Puede aceptar, y en este caso siempre ha sido común.

El mismo Pothier aplica este principio en pasivo. Por su aceptación, dice, la mujer se vuelve deudora, por su parte en la comunidad, de todas las deudas de la misma; está como si las hubiera contraído en su calidad de común juntamente con su marido. Luego es común antes de la disolución de la comunidad; y si es común para las deudas debe serlo para los bienes; es copropietaria como es codeudora en virtud de su calidad de socio; y esta calidad data desde la celebración de su matrimonio; es decir, desde la convención por la cual, al casarse sin contrato, adoptó el régimen de la comunidad.

393. La mujer, á consecuencia de su aceptación, está como si hubiese tomado parte en todos los actos hechos por el marido como jefe de la comunidad. ¿Quiere esto decir que

1 Pothier, *De la comunidad*, núm. 548.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

no pueda atacarlos por causa de fraude ó de simulación? Nó, la retroacción de la aceptación es sólo una ficción; no debe extenderse á casos para los cuales seguramente no fué establecida. El marido despoja á la comunidad por un acto fraudulento: ¿se dirá que la mujer está como si hubiese concurrido á este acto y hubiese hablado en él como socio? Esto sería absurdo, no puede decirse que la mujer haya obrado en fraude de sus intereses; la ficción no debe conducir á un contrasentido. La mujer es parte en los contratos serios, no lo es en las actas dirigidas contra ella; esto sería contradictorio. La mujer permanece extraña á estos actos como lo sería un tercero y, por consiguiente, tiene los derechos que pertenecen á un tercero; puede atacarlos por causa de fraude y de simulación, mientras que no lo pudiera si fuera parte en ellos.

La Corte de Casación lo sentenció así, (1) pero formula mal el principio. Se lee en la sentencia que la mujer que acepta la comunidad está como si hubiese sido *representada* por su marido en las actas que hizo y que, por consiguiente, está obligada á respetarlas. La mujer es más que representada por su marido, es parte como socio; está, pues, como si las hubiese hecho ella misma. Pero debe agregarse que esto es una ficcion, y toda ficción debe ser mantenida en los términos de la ley, porque es contraria á la realidad de las cosas: la verdad impera desde que no se está en los términos de la ficción.

394. No debe confundirse esta hipótesis con otra que parece análoga y que es enteramente diferente. Un padre vende á su hijo un bien de la comunidad; el acta está simulada y hecha en fraude de los acreedores del marido y de la comunidad. La mujer muere: ¿sus herederos pueden atacar el acta? En el caso, el acta no estaba hecha en fraude de la mujer; ésta, por lo contrario, la había inspirado, era coautora, puede decirse cómplice; estaba, pues, sin calidad para atacarla; lejos de esto, era responsable como cómplice del fraude. Y los herederos de la mujer no tenían más derecho que éste; luego no podían atacar las actas hechas con terceros que habían contratado en fe del acta fraudulenta. (1)

1 Denegada, 31 de Julio de 1872 (Dalloz, 1873, 1, 340).

§ III.—De la renuncia.

Núm. 1. ¿Cuándo puede renunciar la mujer viuda?

395. ¿Puede la viuda renunciar en el plazo de tres meses y cuarenta días sin haber hecho inventario? Hay controversia, aunque, en nuestro concepto, no haya ninguna duda. El art. 1,453 decide la cuestión. «Después de la disolución de la comunidad, la mujer tiene la facultad de aceptar ó renunciarla.» La ley da este derecho á la mujer terminantemente, sin subordinar su ejercicio á la confección de un inventario. Puede aceptar inmediatamente y también puede renunciar sin hacer inventario. Es verdad que aceptando sin inventario la mujer no puede causar perjuicio á los acreedores, mientras que su renuncia sin inventario puede serles perjudicial, puesto que la mujer puede haber substraído efectos de la comunidad, lo que sería muy difícil probar, no constando en ninguna acta la consistencia y el valor de los muebles de la comunidad. El legislador hubiera debido tener en cuenta el interés de los acreedores y exigir que la mujer hiciera inventario antes de renunciar. Pero no lo hizo.

En el antiguo derecho la mujer estaba obligada á hacer inventario aún cuando renunciaba en el plazo de tres meses y cuarenta días. La razón es, dice Pothier, que la mujer viuda se encuentra en posesión de todos los efectos de la comunidad; es, pues, necesario que justifique, si quiere renunciar, que abandona á los herederos del marido y á los acree-

1 Denegada, 19 de Mayo de 1873 [Dalloz, 1874, 1, 23].

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

no pueda atacarlos por causa de fraude ó de simulación? Nó, la retroacción de la aceptación es sólo una ficción; no debe extenderse á casos para los cuales seguramente no fué establecida. El marido despoja á la comunidad por un acto fraudulento: ¿se dirá que la mujer está como si hubiese concurrido á este acto y hubiese hablado en él como socio? Esto sería absurdo, no puede decirse que la mujer haya obrado en fraude de sus intereses; la ficción no debe conducir á un contrasentido. La mujer es parte en los contratos serios, no lo es en las actas dirigidas contra ella; esto sería contradictorio. La mujer permanece extraña á estos actos como lo sería un tercero y, por consiguiente, tiene los derechos que pertenecen á un tercero; puede atacarlos por causa de fraude y de simulación, mientras que no lo pudiera si fuera parte en ellos.

La Corte de Casación lo sentenció así, (1) pero formula mal el principio. Se lee en la sentencia que la mujer que acepta la comunidad está como si hubiese sido *representada* por su marido en las actas que hizo y que, por consiguiente, está obligada á respetarlas. La mujer es más que representada por su marido, es parte como socio; está, pues, como si las hubiese hecho ella misma. Pero debe agregarse que esto es una ficcion, y toda ficción debe ser mantenida en los términos de la ley, porque es contraria á la realidad de las cosas: la verdad impera desde que no se está en los términos de la ficción.

394. No debe confundirse esta hipótesis con otra que parece análoga y que es enteramente diferente. Un padre vende á su hijo un bien de la comunidad; el acta está simulada y hecha en fraude de los acreedores del marido y de la comunidad. La mujer muere: ¿sus herederos pueden atacar el acta? En el caso, el acta no estaba hecha en fraude de la mujer; ésta, por lo contrario, la había inspirado, era coautora, puede decirse cómplice; estaba, pues, sin calidad para atacarla; lejos de esto, era responsable como cómplice del fraude. Y los herederos de la mujer no tenían más derecho que éste; luego no podían atacar las actas hechas con terceros que habían contratado en fe del acta fraudulenta. (1)

1 Denegada, 31 de Julio de 1872 (Dalloz, 1873, 1, 340).

§ III.—De la renuncia.

Núm. 1. ¿Cuándo puede renunciar la mujer viuda?

395. ¿Puede la viuda renunciar en el plazo de tres meses y cuarenta días sin haber hecho inventario? Hay controversia, aunque, en nuestro concepto, no haya ninguna duda. El art. 1,453 decide la cuestión. «Después de la disolución de la comunidad, la mujer tiene la facultad de aceptar ó renunciarla.» La ley da este derecho á la mujer terminantemente, sin subordinar su ejercicio á la confección de un inventario. Puede aceptar inmediatamente y también puede renunciar sin hacer inventario. Es verdad que aceptando sin inventario la mujer no puede causar perjuicio á los acreedores, mientras que su renuncia sin inventario puede serles perjudicial, puesto que la mujer puede haber substraído efectos de la comunidad, lo que sería muy difícil probar, no constando en ninguna acta la consistencia y el valor de los muebles de la comunidad. El legislador hubiera debido tener en cuenta el interés de los acreedores y exigir que la mujer hiciera inventario antes de renunciar. Pero no lo hizo.

En el antiguo derecho la mujer estaba obligada á hacer inventario aún cuando renunciaba en el plazo de tres meses y cuarenta días. La razón es, dice Pothier, que la mujer viuda se encuentra en posesión de todos los efectos de la comunidad; es, pues, necesario que justifique, si quiere renunciar, que abandona á los herederos del marido y á los acree-

1 Denegada, 19 de Mayo de 1873 [Dalloz, 1874, 1, 23].

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

dores todos los efectos que pertenecen á la comunidad, pues la mujer renunciante pierde toda clase de derecho en los bienes de la comunidad, aun en el mobiliar que entró por su parte. (1)

Merlín ha sostenido que el Código había consagrado el derecho antiguo. El gran jurisconsulto es sospechoso cuando se trata de tradición, es tradicionalista exagerado y muchas veces se ha equivocado queriendo sostener el derecho antiguo abrogado por el Código. En el caso, es su error palpable; basta confrontar el texto de la costumbre de París y el texto del art. 1,456. El art. 237 de la costumbre dice así: «Es lícito á toda mujer renunciar, después de la muerte de su marido, á la comunidad, *haciendo bueno y leal inventario.*» Esta disposición impone á la mujer que quiere renunciar una condición: es menester que haga inventario. Pothier acaba de darnos la razón de ello. ¿El art. 1,456 reprodujo esta condición? Dice así: «La mujer supérstite *que quiere conservar la facultad de renunciar á la comunidad* debe, en el plazo de tres meses de muerto su marido, hacer un inventario fiel y exacto de todos los bienes de la comunidad.» El inventario es también una condición, pero no está impuesta á la mujer que renuncia inmediatamente en el plazo de tres meses; está impuesta á la viuda que no quiere resolver desde luego, reservándose su derecho de opción; en este caso debe hacer inventario. Así, la costumbre dice: la mujer puede renunciar á condición de hacer inventario. El Código Civil dice: la mujer debe hacer inventario si quiere conservar la facultad de renunciar. Luego cuando la mujer quiere renunciar inmediatamente, es decir, en el plazo de tres meses, no está obligada á hacer inventario; ninguna disposición de la ley la obliga á ello; puede, pues, usar del derecho absoluto que le confiere el art. 1,453.

Se opone el art. 1,442, según el cual el supérstite está siempre obligado á hacer inventario, sin distinguir si acepta ó renuncia. Esta objeción confunde dos órdenes de ideas enteramente distintas. El art. 1,442 obliga al supérstite á hacer inventario aunque renunciare; ¿pero la mujer supérstite tiene derecho de renunciar sin hacer inventario? A esta cuestión responde el art. 1,456 y su respuesta es afirmativa, puesto que la ley no obliga á la viuda á hacer inventario antes de renunciar. Si renuncia en el término de tres meses sin haber hecho inventario, su renuncia es válida, pero quedará sujeta á las penalidades civiles pronunciadas por el art. 1,442. Esta disposición concierne á los dos esposos; el art. 1,456 es especial para la mujer y la mujer viuda. El art. 1,442 no puede, pues, ser invocado para interpretar el art. 1,456. (1)

Los textos no dejan ninguna duda. Queda por saber por qué los autores del Código han derogado el derecho antiguo. La costumbre de París quería garantizar los intereses de los herederos del marido y de los acreedores, pero la garantía era ilusoria; en efecto, la costumbre no prescribía ningún plazo en el cual el inventario debía hacerse, y el inventario sólo es una garantía cuando se hace inmediatamente. ¿Se dirá que los autores del Código hubieran debido mantener la obligación del inventario fijando un plazo? Este plazo hubiera debido ser el plazo ordinario de tres meses; aun en este plazo el inventario no hubiera dado la garantía que se espera de una descripción auténtica del mobiliar, pues la mujer que está en posesión de él puede substraer todo cuanto quiera antes que se comience el inventario, antes aún que se pueda poner cédulas. Sin embargo, hubiéramos preferido que el legislador hubiera declarado el inventario obligatorio: más vale una garantía incompleta que la falta de toda garantía.

1 Pothier, *De la comunidad*, núm. 560.

1 Rodiére y Pont, t. II, pág. 443, núm. 1161. Aubry y Rau, t. V, pág. 418, nota 28, pfo. 517.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

La jurisprudencia se pronunció por la opinión que enseñan generalmente los autores. (1) Merlín invoca los trabajos preparatorios; es inútil entrar en este debate; el texto, cuando es terminante, vale más que los trabajos preparatorios que siempre son sujetos á discusión y controversias.

396. ¿En qué plazo debe hacerse el inventario para que la mujer conserve la facultad de renunciar? El art. 1,456 quiere que el inventario se haga en el plazo de tres meses; la ley no agrega cuarenta días, este último plazo está concedido para deliberar acerca de la aceptación y la renuncia; es, pues, extraño á una disposición que tiene por objeto hacer constar auténticamente la consistencia y el valor del mobiliar de la comunidad. El inventario debe ser *fiel* y *exacto*. Un inventario *infiel* é *inexacto* sería un medio para engañar y frustrar á los acreedores; la mujer que conscientemente y de mala fe omitiera en el inventario efectos de la comunidad decaería de la facultad de renunciar; esto sería una substracción ó una ocultación. El art. 801 lo dice del heredero beneficiario, y si la ley no lo repite para la mujer común, es porque ésta no se encuentra en el caso de aceptar bajo beneficio de inventario.

El art. 1,456 agrega que el inventario debe comprender todos los bienes de la comunidad, luego los inmuebles tanto como los muebles. En general, el inventario sólo comprende los efectos muebles; la ley se muestra rigurosa para con la viuda, porque podría suprimir los títulos que establecen la propiedad de la comunidad y divertir así ú ocultar los valores inmobiliares que pertenecen á la comunidad.

El inventario se hace por las declaraciones de la mujer. Legalmente nada garantiza la verdad de lo que dice. Por esto es que la ley exige que el inventario se haga contradictoriamente con los herederos del marido ó una vez llamados debidamente. Basta que se les *llame;* su abstención no impide á la mujer usar de su derecho. En fin, el artículo 1,456 dispone que la mujer debe asegurar que el inventario es sincero y verdadero cuando se cierra en presencia del notario que lo recibe. Esto es una garantía moral cuyo valor depende de la moralidad de la mujer que afirma la sinceridad de sus declaraciones. Por más que se diga, la moralidad no disminuye, se eleva y seguirá elevándose más cuando se entienda que la instrucción de las futuras generaciones debe á la vez ser el desarrollo del sentido moral y el cultivo de las facultades intelectuales.

1 Besançon, 23 de Febrero de 1823 [Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 2166]. Bruselas, 4 de Febrero de 1852 (*Pasicrisia*, 1851, 2, 48).

397. Si la mujer hace inventario en el plazo de tres meses, conservará la facultad de renunciar. ¿Durante qué tiempo? La ley no lo dice ni necesitaba decirlo; haciendo inventario la mujer conserva el derecho de opción; y tiene treinta años para ejercerlo, ya sea que quiera aceptar, ya que quiera renunciar (núm. 374). Pero este derecho está limitado por el de los acreedores. Estos, dice el art. 1,459, después de fenecido el plazo de tres meses pueden demandar á la mujer como común hasta que haya renunciado, y tendrá que pagar los gastos hechos contra ella hasta su renuncia. El art. 1,459 se relaciona con los dos artículos que preceden; la mujer que hizo inventario en los tres meses puede oponer á los acreedores que la persiguen la excepción dilatoria resultante del plazo de cuarenta días que le concede la ley para deliberar; sólo es después de fenecido el plazo de tres meses y cuarenta días cuando los acreedores no pueden ya ser rechazados por la excepción dilatoria. Y todavía la viuda puede, según las circunstancias, pedir á los tribunales de primera instancia una prórroga del plazo de tres meses y cuarenta días; si hay lugar, esta prórroga se pronuncia contradictoriamente con los herederos del marido ó llamados debidamente (art. 1,458). Si el plazo está prorroga-

do, la excepción dilatoria lo está igualmente. Por contra, si el inventario está cerrado antes de la expiración de los cuarenta días, la mujer puede ser demandada después de fenecidos los cuarenta días desde la clausura del inventario (art. 1,459).

El Código dice que los acreedores pueden demandar á la mujer *como común*, ¿quiere esto decir que establezca una presunción de aceptación? Se dice ordinariamente que la viuda se presume aceptante si no renuncia en el plazo de tres meses y cuarenta días. (1) Esto no es exacto. Si la viuda no hizo inventario, es más que presunta aceptante, es aceptante, puesto que decayó de la facultad de renunciar (artículo 1,459); y si hizo inventario sin pronunciarse, esto es, con el objeto de conservar la facultad de renunciar, entonces su derecho de opción permanece intacto, y sería contradictorio conservarle su derecho de renuncia y presumirla aceptante. El único efecto que produce su abstención después del plazo de tres meses y cuarenta días, es que no tiene ya excepción dilatoria; puede ser demandada, y los gastos de las promociones estarán á su cargo si renuncia.

398. ¿Cuál es la situación de la mujer cuando no ha hecho inventario? Pierde la facultad de renunciar. Esta es la opinión consagrada por la jurisprudencia, salvo algunas hesitaciones en la aplicación del principio. Esta pérdida resulta del texto y del espíritu de la ley. El texto está tan claro, que es extraño haya dado lugar á una controversia. Según el art. 1,456, la mujer *que quiere conservar la facultad de renunciar* debe hacer inventario en los tres meses. Luego si no lo hace no conserva la facultad de renunciar; esto es decir que lo pierde, que decayó. Si no está la pérdida pronunciada literalmente, resulta necesariamente del texto; en efecto, si la mujer conservara la facultad de renunciar sin hacer inventario, el art. 1,456 no tendría ya

1 Demante, *Curso analítico*, t. VI, pág. 272, núm. 111.

sentido. Algunos lo confiesan, pero pretenden que esta disposición debe ser combinada con la del art. 1,459, que dice: «La viuda que no hizo su renuncia en *el plazo prescripto más arriba, no decae de la facultad de renunciar* si no se ha inmiscuido y si *ha hecho inventario*.» Este artículo es una consecuencia del art. 1,456 y, lejos de modificarlo, lo confirma. Estas palabras *y si ha hecho inventario* enuncian una condición; si la mujer ha hecho inventario no pierde la facultad de renunciar; luego si no lo hizo pierde esta facultad. Hay una ligera dificultad de texto: el art. 1,459 no repite que el inventario debe hacerse en los tres meses, pero ¿era necesario que lo repitiera cuando el art. 1,456 lo había dicho? ¿Cuál es el artículo que exige el inventario como condición del derecho de renuncia? Es el art. 1,456; es, pues, esta disposición la que es el sitio de la materia y no el art. 1,459; éste sólo se relaciona con lo que acaba de decirse; tiene únicamente por objeto decidir cuál es la consecuencia de la falta de renuncia en el plazo ordinario de tres meses y cuarenta días; ¿puede aún renunciar la mujer? ¿Puede ser demandada? Esta última pregunta la resuelve el art. 1,459. La primera estaba ya resuelta; en efecto, el art. 1,454 había dicho que la mujer que se ha inmiscuido no puede ya renunciar, y el art. 1,456 había dicho que la viuda que no ha hecho inventario en el plazo de tres meses no puede ya renunciar. Si la ley repite lo que ya había dicho, es para dar completa respuesta á la cuestión de saber cuál es la situación de la mujer después de la expiración del plazo de tres meses y cuarenta días. (1)

Estos son los textos. En cuanto al espíritu de la ley no puede ser dudoso, puesto que el texto está claro; y el texto cuando está claro nos enseña de un modo seguro lo que

1 Aubry y Rau, t. V, págs. 418 y siguientes, nota 30, pfo. 517 y las autoridades que citan. Debe agregarse Bruselas, 10 de Abril de 1851 [*Pasicrisia*, 8151, 2, 212].

quiso decir el legislador. Puede encontrarse la ley demasiado rigurosa, pero tal es la ley, y hay que conformarse con ella. Se pregunta el motivo de este rigor. Los autores del Código han derogado las antiguas costumbres, según las cuales, se necesitaba siempre un inventario para que la mujer pudiera renunciar aun en el plazo de tres meses; pero también el inventario podía hacerse después de este plazo. El Código está menos severo en la primera hipótesis; permite á la mujer renunciar en los tres meses, sin que tenga que hacer inventario. En la segunda hipótesis el Código es más severo; después del plazo de tres meses, la mujer pierde el derecho de renunciar, á no ser que haya hecho inventario en dicho plazo. Luego, ó la renuncia en el plazo de tres meses, ó un inventario: tal es el sistema de la ley. ¿Por qué exige un inventario cuando la mujer no renuncia luego? Porque esta es la única garantía que tienen los acreedores, como Pothier lo dijo ya; y para que el inventario sea una garantía, debe ser hecho lo más pronto posible después de la disolución de la comunidad. El legislador debió tener en cuenta los derechos de los acreedores tanto como los derechos de la mujer.

Que tal sea el sistema del Código, no se puede dudar si se consultan las observaciones del Tribunado. El art. 1,461, tal como fué votado por el Consejo de Estado, decía así: «Si muere la viuda antes de fenecidos los tres meses y cuarenta días, los herederos pueden renunciar á la comunidad. Los herederos pueden renunciar después de dicho plazo, y *no obstante la falta de inventario*, mientras no se han inmiscuido.» Así el proyecto era menos severo para los herederos de la viuda que para la misma; admite la renuncia de los herederos á pesar de la falta de inventario. Esta diferencia entre la viuda y sus herederos se explicaba: la viuda está en posesión de la comunidad, puede fácilmente divertir, mientras que los herederos pueden no estar en posesión.

Sin embargo, el Tribunado criticó la disposición del proyecto; no admitía que los herederos pudieran renunciar cuando no existía ningún inventario hecho por ellos ó por parte de la mujer. Siempre se necesita un inventario, dijo el Tribunado, para evitar los fraudes para con los terceros. (1) Si esta obligación está impuesta aun á los herederos, con más razón habría que mantenerla para la viuda. Que no se objete que el Tribunado sólo habla del plazo en el cual debe hacerse el inventario; este punto no estaba en causa, estaba reglamentado por el art. 1,456, y el Tribunado ni siquiera pensaba que el art. 1,459 pudiera derogarlo. Bastaba conceder á los herederos un plazo de tres meses para hacer inventario.

399. Debemos aún combatir la opinión contraria, porque encontró un defensor en uno de nuestros mejores intérpretes del Código Civil. Colmet de Santerre se prevalece de los arts. 1,456 y 1,459, combinados con los arts. 794 y 800. El derecho del heredero y el de la mujer son análogos. ¿Qué dice la ley del heredero que quiere gozar del beneficio de inventario? Debe, primero, hacer una declaración en la secretaría; á este respecto la situación del sucesible y la de la mujer difieren: ésta goza de derecho pleno el beneficio de emolumento, á condición de hacer inventario. Esta condición es común al heredero. Aquí hay analogía perfecta. El art. 794 dice que la declaración de un heredero que no quiere tomar esta calidad sino bajo beneficio de inventario sólo tiene efecto cuando está precedida ó seguida de un inventario de los bienes de la sucesión. ¿Cuándo debe hacerse este inventario? El heredero tiene tres meses para hacer inventario, dice el art. 795. Hé aquí una disposición idéntica á la del art. 1,456 que exige que la viuda haga inventario en el plazo de tres meses si quiere conservar sus derechos de mujer común. Continuemos la comparación. El pla-

1 Observaciones del Tribunado, núm. 12 [Locré, t. VI, pág. 380].

zo de tres meses parece ser un plazo fatal para el sucesible si se atiene uno al art. 794, así como parece fatal el plazo para la viuda, en virtud del art. 1,456. Pero el art. 800 explica el art. 1,456; el heredero conserva, después de fenecido el plazo, prorrogado si hay lugar, la facultad de hacer todavía inventario y de presentarse como heredero beneficiario si no ha hecho por otra parte ningún acto de heredero. En definitiva, el plazo de tres meses no es fatal; el heredero puede siempre aceptar pura y simplemente haciendo acto de heredero. Tal es también el derecho de la mujer común, según el art. 1,459: no pierde la facultad de renunciar siempre que haya hecho inventario y no se haya inmiscuido; el art. 1,459 no dice que el inventario deba hacerse en un plazo determinado, luego siempre puede hacerse mientras la mujer no se ha inmiscuido. (1)

La comparación es ingeniosa, pero es falsa. El art. 794 no dice, como el art. 1,456, que el sucesible que quiere conservar la facultad de ser heredero beneficiario debe hacer inventario en los tres meses; dice, lo que es muy diferente, que el inventario debe ser hecho en los plazos que serán después determinados; y estos plazos están determinados por los arts. 795 y siguientes, hasta el art. 800 inclusive; resulta de esto que hay un plazo, pero que no es fatal; luego el artículo 794 se refiere al 800 y dice de antemano que el heredero no debe hacer inventario en un plazo fatal. Sucede muy diferentemente con el art. 1,456; dispone terminantemente que la viuda debe hacer inventario en el plazo de tres meses si quiere conservar el derecho de renunciar. El art. 1,456 no se refiere á un artículo posterior, como sucede con el art. 794; su disposición es definitiva. Al contrario, el art. 1,459 es el que se refiere al art. 1,456 para repetir en términos concisos lo que fué dicho ya; y un artículo que

1 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 274, núm. 115 *bis* I. Compárese Mourlón, t. III, pág. 92, núm. 216.

repite lo que otro artículo ha dicho no puede modificar dicho artículo. La diferencia de texto es decisiva. Para el heredero beneficiario el sitio de la materia es el art. 800 combinado con el art. 794. Para la viuda el sitio de la materia es únicamente el art. 1,456.

La diferencia de textos implica una diferencia de principios; el heredero puede siempre hacer inventario; es decir, que siempre puede ser heredero beneficiario ó heredero puro y simple, mientras no ha hecho acto de heredero; mientras que la viuda sólo conserva su derecho de opción, después del plazo de tres meses, á condición de hacer inventario en este plazo. ¿Hay una razón de esta diferencia ó conduce nuestra interpretación á un rigor sin motivo? La situación de la viuda difiere de la situación del heredero, luego el principio debe también diferir. (1) En efecto, la mujer viuda está en posesión de la comunidad, y el heredero no está en posesión de la herencia. Y es la posesión de los bienes la que es un peligro para los acreedores como para los herederos del marido; sólo hay un medio de garantizar sus intereses, es el inventario, y un inventario hecho á más breve plazo, el plazo tradicional de tres meses. Esta es la razón del art. 1,456 y la justificación de su rigor. Este rigor era inútil para con el heredero; no está de hecho en posesión, no puede á cada instante divertir, disipar los bienes de la herencia; la ley debía, pues, dejarlo dentro del derecho común, permitiéndole aceptar bajo beneficio de inventario mientras no haya aceptado pura y simplemente.

400. Nuevas dificultades se presentan en la aplicación del principio. La viuda debe hacer inventario en los tres meses, bajo pena de perder la facultad de renunciar. Si no hizo inventario es aceptante sin haber querido aceptar. Además, no goza del beneficio de emolumento, pues este bene-

1 Marcadé, t. V, pág. 610, núm. II del art. 1459. Rodière y Pont, t. II, página 444, núm. 1162.

ficio está ligado á la confección de un inventario, y, según la opinión común, el inventario debe hacerse en los tres meses. La consecuencia es rigurosa; la viuda pierde su beneficio de mujer común y queda obligada por su parte en las deudas *ultra vires*. Se concibe que los tribunales se resistan ante tan rigurosa aplicación de la ley cuando la viuda es de buena fe y que nada hace sospechar una substracción en perjuicio de los acreedores. En teoría es fácil decidir la cuestión: decimos que el juez no tiene que preocuparse de esas consideraciones de equidad; que no tiene para qué buscar si hay ó no sospechas de substracciones. La ley quiere un inventario, exige que dicho inventario se haga en el plazo de tres meses. Si estas condiciones no están satisfechas la mujer pierde la facultad de renunciar y el juez debe pronunciar dicha pena. El juez es un ministro de la ley, no un ministro de equidad. Troplong tuvo, acerca de este punto, hermosas frases que se nos permitirá transcribir porque vienen en apoyo del sistema de interpretación que hemos seguido en el curso de nuestros *Principios*. «Concebimos, dice, que el interés ligado á la posición de una viuda haga interpretar la ley con tanta equidad como sea posible, pero no hay que llegar hasta su violación. *Ninguna causa es bastante sagrada* para dar al magistrado el *derecho de substituir su voluntad á la del legislador*. La equidad *cerebrina* es el mayor de los peligros, quita toda confianza y deja á los jueces sin brújula y sin guía.» (1)

401. Desgraciadamente los autores olvidan estas sabias máximas que profesan todos, pero que pocos practican. Una dificultad se presenta primero. El inventario debe hacerse en los tres meses: ¿cómo se calcula este plazo? Hay acerca de la materia de calcular los plazos una regla que resulta de la naturaleza misma de estos plazos. La ley dice: en los tres meses desde el día de la defunción del marido. El plazo debe ser completo, y para que lo sea no se cuenta el día de la muerte. Esto no es dudoso. ¿Deberá irse más allá? La Corte de Burdeos ha sentenciado que el inventario no es tardío cuando se hace el día que sigue á la expiración de los tres meses. Esto es violar la ley; por esto la Corte se ve en la obligación de interpretar el texto en falso, decidiendo que el inventario puede siempre hacerse después de los tres meses. (1) La ley está violada. ¿Qué dice Troplong de esta sentencia? «Nos unimos con todo gusto con aquellos que no quieren que se calcule con *minuciosidad* el plazo de tres meses.» ¿Qué quiere decir esto? Cualquier plazo es arbitrario; ¿por qué tres meses mejor que cuatro? La *minuciosidad* es de esencia en el plazo. Si un tribunal admitiera una acción un día después de cumplida la prescripción, violaría la ley; la viola igualmente cuando decide que la pena no está incurrida, cuando lo está.

1 Troplong, t. II, pág. 15, núm. 1543.

402. El inventario está sometido á ciertas formas determinadas por el Código de Procedimientos: si una de estas formalidades no fué cumplida, ¿será nulo el inventario y la pena incurrida? El art. 943 no pronuncia la pena de nulidad. ¿Qué debe concluirse? ¿Será válida cualquiera descripción del mobiliar hecha por el notario en las formas de la ley de Ventoso, en este sentido: que la pena no será incurrida? La doctrina y la jurisprudencia titubean. Se sienta en principio que el inventario debe ser regular, es decir, conforme al Código de Procedimientos; de donde se sigue que un inventario irregular no impide la pena; además, se agrega que los tribunales pueden no pronunciar el decaimiento si las irregularidades parecen ser, según las constancias, el resultado de un error excusable. (2) ¿La excepción destruye

1 Burdeos, 24 de Febrero de 1829 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 2164).

2 Aubry y Rau, t. V, pág. 385, notas 11-13, pfo. 515 y las autoridades que citan.

el principio? Si el inventario irregular es nulo, ¿quién autoriza al juez á no pronunciar la pena resultante de la falta de inventario?

Preferimos el sistema consagrado en una sentencia de la Corte de Poitiérs. Distingue las formalidades substanciales sin las cuales no hay inventario, y las formalidades no substanciales. Las primeras son las que tienen por objeto hacer constar las fuerzas de la comunidad, las entregas de valores á la viuda que declara encargarse de ellas para con todos los interesados. En el caso, el inventario había sido hecho en las formas legales, pero la clausura y la ratificación del acta habían tenido lugar después de fenecido el término.

¿Debía esta irregularidad traer la nulidad del inventario? La clausura, dice la Corte, es sólo una fórmula de acta, el mismo inventario había sido hecho y terminado en los tres meses. En cuanto á la ratificación, es una garantía moral cuyo valor no depende seguramente del día en que se hace. (1) En el recurso intervino una sentencia de denegada. La Corte no decidé la cuestión de principios terminantemente. Aparta, sin embargo, el art. 943 del Código de Procedimientos, que no cita para atenerse al art. 1,456. La sentencia hace primero constar, como lo hacia la Corte de Poitiérs, que el inventario había sido concluido en el plazo de tres meses, que en él constaba la totalidad de los valores de la sucesión y que, por otra parte, se le reconocía exacto y fiel. La Corte concluye que reunía todas las condiciones substanciales exigidas por el art. 1,456. En cuanto al retardo de la clausura del acta y la ratificación, la Corte decide que la ley no liga la nulidad á esta demora, y además la sentencia atacada explicaba que el retardo tenía, en el caso, una causa legítima. La Corte de Casación se apropia, en el fondo, el sistema de la Corte de Poitiérs, juzgando que

1 Poitiérs, 7 de Mayo de 1857, y Denegada, 17 de Mayo de 1858 (Dalloz, 1858, 1, 351).

las condiciones *substanciales* del inventario estaban cumplidas; y, cosa notable, busca dichas condiciones en el artículo 1,456 más bien que en el Código de Procedimientos.

403. Otra es la cuestión de saber si el inventario puede hacerse después de la expiración del plazo de tres meses por razón de las circunstancias excepcionales en que se halla la mujer. No pertenece al juez crear excepciones, puesto que esto equivale á hacer la ley, y en el Código no hay excepción á la regla establecida por el art. 1,456. Esto es decisivo. La Corte de Bruselas se pronunció en este sentido; admite, sin embargo, una excusa que resulta de los principios de derecho. El art. 1,456 impone á la viuda la obligación de formar un inventario en los tres meses; pronuncia una pena por el solo hecho de no haber cumplido con esta formalidad en el plazo legal. El decaimiento es una pena que supone que la mujer pudo hacer el inventario en el plazo de la ley. Si hubiese imposibilidad de hecho ó de derecho, ya no se podría decir que la viuda violó la ley; ésta contestaría que no hay obligación para las cosas imposibles y que la ley no la puede castigar por no haber hecho lo que estaba en la imposibilidad de hacer. ¿Cuándo existe dicha imposibilidad? Esta es una cuestión de hecho que, por su naturaleza, se abandona á la apreciación del juez. La Corte de Bruselas cita ejemplos que se han presentado en la jurisprudencia. (1) Creemos inútil entrar en este debate; las decisiones de hecho no pueden servir de precedente, puesto que dependen esencialmente de las circunstancias de la causa.

404. En el mismo orden de ideas se pregunta si el inventario puede ser reemplazado por otra acta que haga constar la consistencia de los bienes de la comunidad. La negativa nos parece segura. Cuando la ley quiere conformarse con

1 Bruselas, 12 de Agosto de 1859 (*Pasicrisia*, 1860, 2, 218). Compárense las sentencias citadas por Dalloz, en la palabra *Contrato de Matrimonio*, números 2150–2161, y Aubry y Rau, t. V, pág. 419, nota 30, pfo. 517 y los autores que citan.

una acta otra que el inventario, tiene cuidado en decirlo (artículo 1,499); cuando no lo dice, hay que atenerse al principio según el cual las formalidades no se suplen ni se llenan con equivalentes. La Corte de Casación lo sentenció así, sin embargo de decidir la cuestión en principio. En el caso se invocaba un proceso verbal del juez de paz, en que constaba el poco valor de los objetos muebles de la comunidad y, por consiguiente, la inutilidad de colocar cédulas. La Corte se limitó á decir lo que es evidente, que esta acta no podía ser considerada como un inventario suficiente. (1) En otro proceso la mujer se prevalecía de una lista de los muebles, pero este estado no comprendía los demás efectos, valores, mercancías y créditos de la comunidad; no correspondía, pues, al deseo del art. 1,456 que exige un inventario de todos los bienes. La mujer alegaba, además, una declaración de la oficina del registro público por el pago de los derechos de mutación. La Corte de Amiéns ha sentenciado que estas actas no equivalían á un inventario. (2)

405. No hay inventario, por lo tanto la mujer pierde la facultad de renunciar. No renuncia, sin embargo; esta renuncia es nula. Se pregunta si la mujer puede prevalerse de la nulidad. La Corte de Casación ha decidido que la mujer no puede evitar los efectos de una renuncia que le fuera perjudicial; (3) la sentencia no da otro motivo, de manera que la decisión es sólo una afirmación. Por lo demás, ella es evidente. La pena se pronuncia contra la mujer por interés de los acreedores; si la renuncia es nula, la nulidad concierne únicamente á los acreedores, luego éstos solos pueden invocarla. Esta es la aplicación del principio que rige las nulidades cuando no son de orden público; y el decaimiento del art. 1,456 y la nulidad que de él resulta son de puro orden privado.

1 Denegada, 30 de Abril de 1849 (Dalloz, 1850, 1, 117).
2 Amiéns, 22 de Marzo de 1855 (Dalloz, 1855, 2, 282).
3 Casación, 6 de Julio de 1869 (Dalloz, 1869, 1, 479).

Núm. 2. ¿Cuándo puede ó debe renunciar la mujer divorciada ó separada de bienes ó de cuerpos?

406. El art. 1,463 dice: «La mujer divorciada ó separada de cuerpos que en los tres meses y cuarenta días después de la separación ó del divorcio no aceptó la comunidad, está como si hubiese renunciado á ella, á no ser que haya obtenido una prórroga en justicia, contradictoriamente con el marido ó con su debida citación.» Esta disposición modifica el derecho de opción que concede el art. 1,453 á la mujer cuando la comunidad está disuelta. El art. 1,453 da implícitamente á la mujer un plazo de treinta años para ejercer su derecho. Cuando la comunidad se disuelve por la muerte del marido, la viuda tiene treinta años para pronunciarse, bajo la condición de hacer inventario en los tres meses. No sucede así cuando la comunidad se disuelve por el divorcio ó la separación de cuerpos. La mujer divorciada ó ó separada de cuerpos tiene también el derecho de opción; puede, así como la viuda, aceptar la comunidad ó renunciarla. Pero debe pronunciarse á más tardar en el plazo de tres meses y cuarenta días, prorrogados, si há lugar, por el tribunal. Si permanece en inacción, estará como si hubiese renunciado por esto sólo: no haber aceptado en el plazo fijado. ¿Cuál es la razón de la diferencia que la ley hace entre la viuda y la mujer divorciada ó separada de cuerpos? La primera tiene treinta años para ejercer su derecho de opción, la segunda sólo tiene un plazo de tres meses y cuarenta días. Cuando la comunidad se disuelve por el divorcio ó la separación de cuerpos el marido está en posesión de la comunidad, y es contra quien la mujer debe formular la demanda de partición si entiende aceptar. Regularmente aceptará, puesto que el divorcio ó la separación de cuerpos no implican que la comunidad sea mala. Y si acepta se apresurará á ejercer sus derechos, pues el odio que divide á

una acta otra que el inventario, tiene cuidado en decirlo (artículo 1,499); cuando no lo dice, hay que atenerse al principio según el cual las formalidades no se suplen ni se llenan con equivalentes. La Corte de Casación lo sentenció así, sin embargo de decidir la cuestión en principio. En el caso se invocaba un proceso verbal del juez de paz, en que constaba el poco valor de los objetos muebles de la comunidad y, por consiguiente, la inutilidad de colocar cédulas. La Corte se limitó á decir lo que es evidente, que esta acta no podía ser considerada como un inventario suficiente. (1) En otro proceso la mujer se prevalecía de una lista de los muebles, pero este estado no comprendía los demás efectos, valores, mercancías y créditos de la comunidad; no correspondía, pues, al deseo del art. 1,456 que exige un inventario de todos los bienes. La mujer alegaba, además, una declaración de la oficina del registro público por el pago de los derechos de mutación. La Corte de Amiéns ha sentenciado que estas actas no equivalían á un inventario. (2)

405. No hay inventario, por lo tanto la mujer pierde la facultad de renunciar. No renuncia, sin embargo; esta renuncia es nula. Se pregunta si la mujer puede prevalerse de la nulidad. La Corte de Casación ha decidido que la mujer no puede evitar los efectos de una renuncia que le fuera perjudicial; (3) la sentencia no da otro motivo, de manera que la decisión es sólo una afirmación. Por lo demás, ella es evidente. La pena se pronuncia contra la mujer por interés de los acreedores; si la renuncia es nula, la nulidad concierne únicamente á los acreedores, luego éstos solos pueden invocarla. Esta es la aplicación del principio que rige las nulidades cuando no son de orden público; y el decaimiento del art. 1,456 y la nulidad que de él resulta son de puro orden privado.

1 Denegada, 30 de Abril de 1849 (Dalloz, 1850, 1, 117).
2 Amiéns, 22 de Marzo de 1855 (Dalloz, 1855, 2, 282).
3 Casación, 6 de Julio de 1869 (Dalloz, 1869, 1, 479).

Núm. 2. ¿Cuándo puede ó debe renunciar la mujer divorciada ó separada de bienes ó de cuerpos?

406. El art. 1,463 dice: «La mujer divorciada ó separada de cuerpos que en los tres meses y cuarenta días después de la separación ó del divorcio no aceptó la comunidad, está como si hubiese renunciado á ella, á no ser que haya obtenido una prórroga en justicia, contradictoriamente con el marido ó con su debida citación.» Esta disposición modifica el derecho de opción que concede el art. 1,453 á la mujer cuando la comunidad está disuelta. El art. 1,453 da implícitamente á la mujer un plazo de treinta años para ejercer su derecho. Cuando la comunidad se disuelve por la muerte del marido, la viuda tiene treinta años para pronunciarse, bajo la condición de hacer inventario en los tres meses. No sucede así cuando la comunidad se disuelve por el divorcio ó la separación de cuerpos. La mujer divorciada ó ó separada de cuerpos tiene también el derecho de opción; puede, así como la viuda, aceptar la comunidad ó renunciarla. Pero debe pronunciarse á más tardar en el plazo de tres meses y cuarenta días, prorrogados, si há lugar, por el tribunal. Si permanece en inacción, estará como si hubiese renunciado por esto sólo: no haber aceptado en el plazo fijado. ¿Cuál es la razón de la diferencia que la ley hace entre la viuda y la mujer divorciada ó separada de cuerpos? La primera tiene treinta años para ejercer su derecho de opción, la segunda sólo tiene un plazo de tres meses y cuarenta días. Cuando la comunidad se disuelve por el divorcio ó la separación de cuerpos el marido está en posesión de la comunidad, y es contra quien la mujer debe formular la demanda de partición si entiende aceptar. Regularmente aceptará, puesto que el divorcio ó la separación de cuerpos no implican que la comunidad sea mala. Y si acepta se apresurará á ejercer sus derechos, pues el odio que divide á

los esposos, el escándalo de una ruptura judidial, excitarán á la mujer demandante ó demandada á promover en seguida; no tiene ninguna razón para esperar; todo la conduce á perseguir á su marido. Si en lugar de reclamar su parte en la comunidad la mujer se calla, ¿qué debe concluirse? Es que la comunidad es mala y que la mujer no tiene derecho útil que ejercer. Por esto es por lo que la ley dice que es como si renunciara. (1)

407. La ley nada dice de la mujer separada de bienes. ¿Debe asimilársela á la mujer separada de cuerpos ó divorciada? Se admite generalmente la afirmativa, porque hay igual razón para decidirlo, y aun razón más fuerte. Esto no es enteramente exacto. El motivo que acabamos de dar para la separación de cuerpos y el divorcio no se aplica sino en muy débil proporción á la separación de bienes; la demanda de la mujer concierne únicamente á sus intereses pecuniarios y estos intereses pueden estar comprometidos sin que haya ninguna culpa que reprochar al marido. Pero hay otra consideración que debe conducir á la mujer á promover cuanto antes. ¿Por qué pidió la disolución de la comunidad? Porque su dote ó sus devoluciones estaban en peligro; es por causa de este peligro por lo que la ley hace retrotraer la sentencia con el fin de impedir que el marido acabe de arruinar á la mujer. La misma razón debe conducir á la mujer para aceptar desde luego y pedir la partición si la comunidad presenta ventajas. ¿Qué debe concluirse de su inacción? Que la comunidad es mala; que la mujer no tiene ningún interés en aceptarla; por lo tanto, que es renunciante. (2)

En teoría esto es verdad, pero queda una dificultad de texto y de principios. El art. 1,463 deroga la regla establecida por el art. 1,453. ¿Puede extenderse una disposición

1 Compárese Troplong, t. II, pág. 24, núm. 1574.
2 Véanse las autoridades citadas por Aubry y Rau, t. V, pág. 415, nota 13, pfo. 517.

excepcional? El silencio que guarda la mujer durante tres meses y cuarenta días, trae la pena de la pérdida del derecho de opción. ¿Puede pronunciarse esta pena por vía de analogía? En la opinión general, como vamos á decirlo, el art. 1,463 establece una presunción de renuncia. ¿Pueden las presunciones legales ser extendidas de un caso á otro? Hé aquí muchos motivos de duda. El texto confirma estas dudas: sólo habla de la mujer separada de cuerpos y divorciada; si la intención del legislador hubiese sido colocar á la mujer separada de bienes en la misma línea que la mujer separada de cuerpos y divorciada, ¿por qué no lo hubiera dicho? Es necesario que haya una razón de este silencio; la ley habla de la viuda y luego de la mujer separada de cuerpos ó divorciada, nada dice de la mujer separada de bienes. ¿Por qué esta omisión? (1)

Lo que dicen los autores nada tiene de satisfactorio. Se dice: la separación de bienes se confunde con la separación de cuerpos, puesto que ésta implica siempre aquélla (artículo 311). El argumento puede voltearse en contra de aquellos que lo invocan. Si la ley hubiese entendido hablar de la separación de bienes en general, ya sea que proceda de la separación de cuerpos, ya sea que la pronuncie el tribunal á pedimento de la mujer, el art. 1,463 debiera haber dicho: la *mujer separada de bienes*, lo que hubiera comprendido á la mujer *separada de cuerpos;* pero la expresión *mujer separada de cuerpos* no abarca á la mujer *separada de bienes*. Otros autores salen de apuros por el cómodo medio de las presunciones que imaginan; el art. 1,463, dicen, descansa en una presunción, lo que resulta de probabilidades; y las probabilidades de renuncia son mayores en caso de separación de bienes que en caso de separación de cuerpos; luego hay presunción más fuerte, y, por lo tanto, la mujer separada de bienes debe también ser renunciante por argu-

1 Compárese Bellot des Minières, t. II, pág. 312.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

mento *a fortiori*. ¿Quién no ve que esta argumentación consiste en presunción de hombre, de la que se prevalecen para extender una presunción legal? Lo que es contrario á todo principio. Durantón, siempre medido en sus opiniones, se expresa con hesitaciones: «La mujer separada de bienes, dice, se presume no querer aceptar una comunidad en mal estado;» después agrega: «Además, es siempre más regular hacer la renuncia» (en la Secretaría). (1) La jurisprudencia no nos ofrece mayores luces. Una sentencia de la Corte de Agén sólo reproduce la doctrina de los autores que acabamos de analizar. (2) Hay una sentencia en sentido contrario de la Corte de Rouen que decide que el art. 1,463 no se aplica á la mujer separada de bienes. (3)

Que la intención de los autores del Código haya sido no comprender á la mujer separada de bienes en el art. 1,463, esto no nos parece ser dudoso. Recordemos que el artículo 1,444 declara nula la separación de bienes si no ha sido ejecutada por el pago real de los derechos y devoluciones de la mujer, ó cuando más por las promociones comenzadas en la quincena que siguió á la sentencia. ¿A qué conducen las promociones y cuál es el objeto del pago? A entregar á la mujer todo cuanto le toca en caso de separación; luego á darle, además de sus devoluciones, su parte de la comunidad. La mujer debe, pues, si quiere aceptar, perseguir luego la liquidación de la comunidad. Si no lo hace y si no reclama sus devoluciones, la sentencia que pronunció la separación es nula; es decir, que la comunidad no queda disuelta. En este sistema no hay lugar á ocuparse del plazo después del cual la mujer se considera como renunciante; la mujer debia, si deseaba la disolución de la comunidad, pro-

1 Odier, t. I, pág. 428, núm. 456. Marcadé, t. V, pág. 618, núm. III del art. 1463. Durantón, t. XIV, pág. 584, núm. 459.
2 Agén, 14 de Mayo de 1861 (Dalloz, 1861, 2, 226).
3 Rouen, 10 de Julio de 1826 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 2250).

mover y pronunciarse, en consecuencia, en la quincena; no había, pues, lugar á aplicarle el plazo de tres meses y cuarenta días: la disposición del art. 1,463 le es extraña.

El Código de Procedimientos (art. 174) ha derogado el art. 1,444, como lo hemos dicho ya, en lo que se refiere á los derechos que pertenecen á la mujer en la comunidad; le da un plazo de tres meses para hacer inventario, y cuarenta días para deliberar. Resulta de esto que la mujer nó debe ya ejecutar la sentencia en los quince días ni, por consiguiente, tomar calidad en este plazo; pero siempre es necesario, bajo pena de nulidad de la separación, que lo haga en el plazo de tres meses y cuarenta días. En este sentido el art. 1,463 no le es aplicable. (1) Hacemos, pues, á un lado á la mujer separada de bienes, para sólo ocuparnos, como lo hace el art. 1,463, de la mujer divorciada ó separada de cuerpos.

408. El plazo establecido por el art. 1,463 da lugar á una ligera dificultad. Comienza á correr, según la ley, «después del divorcio ó separación de cuerpos *definitivamente pronunciados*.» Las palabras *definitivamente pronunciados* se refieren á la sentencia que pronunció el divorcio ó la separación de cuerpos. Esto no es dudoso en lo que se refiere á la separación de cuerpos, puesto que existe en virtud de la sentencia del juez. La ley entiende por sentencia definitiva, aquella que ya no puede ser atacada por las vías ordinarias; sólo entonces la separación de cuerpos es definitiva, y la mujer debe pensar en arreglar sus intereses pecuniarios. Esta es la interpretación dada por la Corte de Casación; (2) está admitida por todos los autores. El divorcio no se pronuncia por la sentencia; el juez sólo lo admite y autoriza al demandante, en caso de divorcio por causa de-

1 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 278, núm. 115 *bis* I.
2 Denegada, 2 de Diciembre de 1834 [Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 2129].

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

terminada, á presentarse ante el oficial del estado civil para que éste lo pronuncie (art. 258). Cuando el divorcio se pide por mutuo consentimiento, las partes deben presentarse juntas y personalmente ante el oficial del estado civil, para hacer pronunciar el divorcio; si no se presentan en los veinte días, la sentencia se considerará como sobreseída (artículo 294). El plazo del art. 1,463 no puede, pues, correr en caso de divorcio desde el día en el cual la sentencia ha pasado á autoridad de cosa juzgada; corre desde el día en el cual el oficial del estado civil pronunció el divorcio. (1)

409. ¿Cuáles son los derechos de la mujer divorciada ó separada de cuerpos? El art. 1,463 dice que está como si hubiese renunciado á la comunidad cuando no ha aceptado en los tres meses y cuarenta días. Puede, pues, aceptar, pero debe hacerlo antes de la expiración del plazo. La aceptación puede ser expresa ó tácita, puesto que la ley no distingue; esto ha sido contestado; transladamos á lo que fué dicho más atrás (núm. 380). La mujer puede también renunciar en este plazo; se admite aún que puede hacerlo antes de la sentencia cuando se trata de separación de bienes y, por consiguiente, de separación de cuerpos. En nuestro concepto, la renuncia á un derecho que aun no está abierto no se puede concebir (núm. 352). Cualquiera que sea el partido que la mujer tome, no está obligada á hacer inventario. Esto también ha sido contestado; pero, ¿puede tratarse de una obligación legal sin ley? La jurisprudencia se ha pronunciado en este sentido. (2) No había, además, ninguna razón para exigirle un inventario; la viuda ni necesita hacerlo cuando renuncia en los tres meses; sólo para conservar este derecho después del plazo, es como está obligada á hacer

1 Rodière y Pont, t. II, pág. 316, núm. 1042. Aubry y Rau, t. V, pág. 415, nota 15, pfo. 517.

2 Rouen, 10 de Julio de 1826, y Grenoble, 12 de Febrero de 1830 [Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núms. 2250 y 170]. Compárese Marcadé, t. V, pág. 615, núm. I. del art. 1463; Rodière y Pont, t. II, pág. 448, número 1170.

inventario. Y la mujer divorciada ó separada de cuerpos no puede conservar el derecho de renunciar, puesto que se la reputa renunciante en virtud de la ley.

410. El art. 1,463 dice que la mujer divorciada ó separada de cuerpos puede obtener la prórroga en justicia contradictoriamente con su marido ó con su citación debida si se encuentra aún dentro del plazo de tres meses y cuarenta días. Esta prórroga es de derecho en todos los casos en los cuales la ley concede un plazo para hacer inventario y para deliberar. Fué sentenciado que la mujer goza del mismo beneficio en el caso en que, contestaciones que no dependieron de ella hacer cesar, la impidieron ejercer el derecho de opción que le pertenece en el plazo de tres meses y cuarenta días. En el caso la cuestión no era muy dudosa, pues el marido había consentido en la prórroga del plazo no considerando á su mujer como renunciante á pesar de haber vencido el término. Como la disposición del art. 1,463 tiene por único objeto los intereses de los esposos, la Corte pudo decidir que la mujer tenía derecho de oponer al marido sus propias determinaciones. (1)

411. Según el art. 1,463, la mujer divorciada ó separada de cuerpos está *como si* renunciara, cuando no aceptó la comunidad en el plazo de tres meses y cuarenta días. Las palabras *como si* ¿expresan una presunción, y admite esta presunción la prueba contraria? La mayor parte de los autores enseñan que la ley establece una presunción de renuncia, pero que no se admite á la mujer á la prueba contraria. (2) Si hubiera presunción debiera decirse que se admite la prueba contraria; sólo hay dos excepciones á esta regla: la única que se pudiera invocar, en el caso, es la segunda; es decir, que negando la ley á la mujer la acción acerca del fundamento de la presunción que establece, ninguna prueba

1 Rennes, 26 de Junio de 1851 (Dalloz, 1852, 2, 246).

2 Rodière y Pont, t. II, pág. 449, núm. 1171. Marcadé, tomo V, pág. 616, núm. II del art. 1463. Agén, 21 de Diciembre de 1869 (Dalloz, 1870, 2, 160).

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

se admite contra la presunción. Pero, ¿puede decirse que la ley niegue la acción en justicia á la mujer divorciada ó separada de cuerpos que no aceptó en el plazo legal? La ley declara á la mujer decaída de su derecho de opción; y este derecho se ejerce sin acción judicial; esto es tan cierto, que la aceptación de la mujer puede ser tácita; resulta de un hecho de la mujer, independiente de toda acción judicial. No siendo aplicable el texto que consagra la excepción, la mujer puede invocar la regla; si, pues, hubiera presunción, la mujer debiera admitirse á probar que no pretendió renunciar, y que, por tanto, conserva aún el derecho de aceptar.

Nosotros no creemos que la ley establezca una verdadera presunción. (1) El art. 1,463 deroga la disposición del artículo 1,453 que da á la mujer el derecho de opción en términos absolutos, sin exigir que este derecho se ejerza en un plazo determinado y cualquiera sea la causa que trajo la disolución de la comunidad. La regla es, pues, ésta: La mujer tiene treinta años para ejercer su derecho de opción; después de este plazo, se vuelve extraña á la comunidad; el artículo 1,453 no dice que la mujer es como si fuera renunciante; pero el resultado es el mismo, su derecho de opción prescribió, no puede ya aceptar; se encuentra, pues, en la situación de la mujer que ha renunciado. El art. 1,463 deroga esta regla cuando se trata de la mujer divorciada ó separada de cuerpos; mientras que la mujer viuda tiene treinta años para ejercer su derecho de opción, la mujer separada de cuerpos ó divorciada debe ejercerlo en tres meses cuarenta días. Si no lo hace ¿qué resulta? La ley dice que está *como si* renunciara; no puede ya aceptar, perdió su derecho de opción, como la mujer viuda lo pierde después de treinta años.

1 Véase, en sentido contrario, Colmet de Santerre, t. VI, pág. 277, núm 119 *bis* II. El autor enseña que la mujer divorciada ó separada de cuerpos puede siempre aceptar, así como la viuda puede siempre renunciar. Esta opinión se liga al sistema del autor que hemos combatido (núm. 400.)

Se objeta el texto. El art. 1,463 no dice que la mujer es renunciante, dice que la mujer está *como si* renunciara, lo que indica que hay una simple presunción. Contestaremos que las palabras *como si* no siempre indican una presunción. El art. 785 dice que el heredero que renuncia está *como si* nunca hubiera sido heredero. ¿Es esto una simple presunción? Nó, seguramente, es una disposición de la ley que declara al heredero renunciante extraño á la herencia. Hay cierta oposición entre la realidad y el hecho, pues el sucesible renunciante ha sido heredero. Es esta oposición la que las palabras *como si* expresan. El art. 883 dice, en el mismo sentido, que cada heredero está *como si* hubiese sucedido solo á los objetos comprendidos en su lote; aquí la ficción es completa. Pero la ficción no es una presunción. En el mismo caso del art. 1,463 puede también que la decisión de la ley sea una ficción; supone que la mujer renuncia por el solo hecho de no aceptar; esta suposición puede no estar fundada. ¿No será para indicar esta idea por lo que la ley emplea la expresión de que la mujer está *como si* hubiera renunciado? Lo seguro es que las palabras *como si*, frecuentemente usadas en el Código, no indican una presunción.

Sólo admitimos una sola excepción al art. 1,463, es el caso en que la mujer hubiera sido inducida á no aceptar por las maniobras fraudulentas del marido; estaría admitida, en este caso, á aceptar. Esto es el derecho común; la excepción de fraude y de dolo no necesita estar escrita en la ley, es de derecho. La mujer puede atacar la aceptación que hizo de la comunidad, por causa de dolo (art. 1,455); puede también pedir la nulidad de la renuncia expresa que le fué sorprendida por dolo. ¿Por qué no había de poder volver sobre la renuncia hecha del art. 1,463? Hay una sentencia de la Corte de Bruselas en este sentido. (1)

1 Bruselas, 16 de Febrero de 1856 (*Pasicrisia*, 1857, 2, 288).

Núm. 3. Formas de la renuncia.

412. La renuncia á la comunidad, así como la renuncia á la sucesión, es un principio, una acta solemne, y la solemnidad es la misma. El art. 1,457 dice: «En los tres meses y cuarenta días después de la muerte del marido, la mujer supérstite debe hacer su renuncia en la secretaría del tribunal de primera instancia del cuartel en que su marido tenía domicilio; esta acta debe ser inscripta en el registro establecido para recibir las renuncias á las sucesiones.» Trasladamos, para los motivos y pormenores, al título que es el sitio de esta materia (t. IX, núm. 428).

413. Cuando se dice que la renuncia es una acta solemne, esto supone que se trata de las relaciones de la mujer supérstite con los terceros acreedores. Entre el marido y la mujer ó sus herederos, la renuncia puede hacerse por vía de convención, entendiéndose que sólo tendrá efecto entre las partes contratantes. La Corte de Nimes lo sentenció así, y su decisión fué confirmada por una sentencia de denegada. Si la ley prescribe una acta auténtica para la renuncia y la publicidad, ésto es únicamente por interés de los acreedores, quienes deben saber si la mujer acepta ó renuncia, con el fin de saber contra quién deben dirigir sus promociones. Cuando su interés no se haga en causa, la mujer y los herederos del marido pueden hacer las convenciones que juzguen convenientes; la ley no interviene en el arreglo de intereses puramente privados; deja, á este respecto, entera libertad á las partes. (1)

414. El art. 1,457 sólo habla de la mujer supérstite. ¿Qué debe decirse de la mujer divorciada, separada de cuerpos ó de bienes? El Código Civil no prescribe formas en estos casos, porque en el sistema del art. 1,463 la renuncia es tácita en el sentido de que la mujer divorciada ó separada de cuerpos no necesita hacer la renuncia en la secretaría; basta que no haya aceptado el plazo de tres meses y cuarenta días para que no sea renunciante; los terceros están, pues, advertidos por la ley y la inacción de la mujer. En nuestra opinión, el art. 1,463 no es aplicable á la mujer separada de bienes; el Código de Procedimientos confirma esta interpretación. En efecto, el art. 874 dice: «La renuncia de la mujer separada de bienes se hará en la secretaría del tribunal que conoce de la demanda de separación.» No hay disposición análoga para la mujer separada de cuerpos ó divorciada; pueden, sin duda, hacer su renuncia en la secretaría; pero esto es una acta inútil, puesto que la renuncia tácita basta; si la ley prescribe una acta solemne para la mujer separada de bienes, es porque respecto á ella su renuncia no es tácita.

1 Denegada, 4 de Marzo de 1856 (Dalloz, 1856, 1, 131). Véase el tomo IX de estos *Principios*, pág. 496, núm. 432.

415. Debe aplicarse á la mujer separada de bienes lo que hemos dicho de la mujer supérstite; la solemnidad de la renuncia sólo es requerida para con los terceros acreedores. Entre el marido y la mujer la renuncia puede hacerse por vía de convención. La Corte de Casación lo sentenció así por aplicación del principio general que da fuerza obligatoria á toda convención intervenida en intereses privados, cuando el orden público y las buenas costumbres no están en causa. En el caso, la mujer había hecho renuncia expresa á la comunidad, primero en las conclusiones hechas cuando la demanda de separación, y después por el consentimiento que había dado, en la liquidación de sus devoluciones, á que el marido aprovechase solo de los valores de la comunidad, sin hacer ninguna otra reserva más que la de ejercer sus derechos de supérstite; este consentimiento había sido aceptado por el marido, sancionado y puesto en ejecución por la sentencia que había liquidado los derechos de la mujer. Había, pues, contrato, lo que bastaba para ligar

á la mujer para con su marido. La mujer, despreciando su renuncia, provocó la partición de la comunidad; fué declarado no haber lugar á su demanda. (1)

Núm. 4. Por quién y por qué causas puede ser atacada la renuncia.

416. Fué sentenciado que, á diferencia de la renuncia á la sucesión, la renuncia á la comunidad es irrevocable, en el sentido de que la mujer renunciante no puede volver sobre su renuncia. (2) La Corte de Bruselas hace alusión al artículo 790 que permite al heredero renunciante aceptar aun la sucesión mientras no fué aceptada por los demás herederos y que la prescripción del derecho hereditario no se ha cumplido. Esta disposición, enteramente excepcional, no puede recibir aplicación á la mujer común; se hubiera necesitado una disposición expresa para que la mujer pudiera volver sobre su renuncia después de consumado su derecho de opción; el silencio de la ley basta para que se deba mantener el principio en virtud del cual la manifestación de la voluntad de la mujer es irrevocable, ya sea que renuncie, ya sea que acepte.

417. Pero la mujer está admitida á atacar su renuncia cuando puede atacar su aceptación. Cuando es menor, el consejo de familia debe intervenir para autorizarla á renunciar á la comunidad. Si la renuncia sin autorización, el acta es nula en la forma y, por consiguiente, la mujer puede pedir la anulación probando que las formas no han sido observadas. Transladamos á lo que fué dicho más atrás acerca de la aceptación (núm. 390); los principios son idénticos.

La mujer mayor puede atacar su renuncia cuando hubo dolo por parte de los herederos del marido. Es verdad que

1 Dijón, 9 de Agosto de 1826, y Denegada, 8 de Noviembre de 1827 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 2251)
2 Bruselas, 5 de Agosto de 1846 (*Pasicrisia*, 1848, 2, 355).

la ley no dice de la renuncia lo que dice de la aceptación (art. 1,455), pero era inútil que lo dijera, puesto que el artículo 1,455 sólo aplica á la aceptación los principios que rigen toda manifestación de la voluntad, y los mismos principios son aplicables á la renuncia. (1)

La Corte de Casación ha sentenciado que la mujer debía promover en los diez años, en virtud del art. 1,304, pero este plazo sólo comienza á contarse, conforme á este artículo, desde el día en el cual se descubrió el dolo, lo que es una cuestión de hecho cuya apreciación pertenece al juez del fondo. (2) Esto supone que la renuncia es convencional, pues la prescripción de diez años establecida por el art. 1,304 sólo es aplicable á la acción por nulidad de las convenciones; en el caso decidido por la Corte de Casación, la renuncia habia tenido lugar por transacción. Si se hiciera en la secretaría, sin convención, ya no sería aplicable el art. 1,304; se entraría en la regla general según la cual cualquiera acción prescribe en treinta años.

418. Según el art. 1,464, «los acreedores de la mujer pueden atacar la renuncia que hubiese sido hecha por ella ó por sus herederos en *fraude* de sus créditos, y aceptar la comunidad por sí mismos.» Esta es la aplicación del principio de la acción pauliana; los acreedores pueden atacar las actas hechas por sus deudores en fraude de sus derechos (art. 1,167). ¿Se pregunta si los acreedores de la mujer deben probar que la renuncia es fraudulenta? La cuestión parece singular cuando se lee el artículo que acabamos de transcribir. ¿Puede haber acción pauliana sin fraude? Sin embargo, excelentes autores enseñan que en el art. 1,464 deben substituirse las palabras *en fraude de sus derechos* con

1 Aubry y Rau, t. V, pág. 416, nota 19, pfo. 517 (4.ª edición).
2 Denegada, 10 de Diciembre de 1816 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 2244).

las expresiones *en perjuicio de sus derechos*. (1) Son los términos del art. 788 los que preveen el caso idéntico de la renuncia á una sucesión, y que parecen conceder la acción pauliana á los acreedores por sólo serles la renuncia perjudicial. Hemos examinado en el título de las *Obligaciones* la dificultad que presentan las renuncias en lo que conciernen á la acción pauliana. Nos parece que lógicamente el artículo 1,167, que establece el principio y exige el fraude, debe superar á una disposición que sólo aplica el principio; nos parece, sobre todo, imposible cambiar el texto del artículo 1,464 cuando esta disposición sólo aplica la regla del art. 1,167; si hay error en la ley, es en el art. 788 que se aparta de este principio, y no en el art. 1,464 que lo aplica. Mantenemos, pues, la condición de fraude, sin la cual no podría haber acción pauliana. (2)

419. ¿Cuál es el efecto de la sentencia que anula la renuncia? Cuando la mujer es quien pide la nulidad por causa de minoría ó por dolo, se encuentra vuelta á colocar en el estado que tenía antes de renunciar; es decir, que conserva su derecho de opción y lo ejerce según el derecho común. Si los acreedores obtuvieron la anulación de la renuncia hecha en fraude de sus derechos, la sentencia sólo produce efecto para con ellos y en interés suyo; la renuncia subsiste en cuanto á la mujer. Este es el derecho común en materia de acción pauliana; el deudor que obra en fraude de sus acreedores no puede aprovecharse de la anulación del acta fraudulenta, no pudiendo nadie sacar ventaja de su dolo. Transladamos á lo que fué dicho en el título de las *Obligaciones*.

Núm. 5. Efecto de la renuncia.

420. El Código reglamenta los efectos de la renuncia después de haber tratado de la partición de la comunidad á la que se procede cuando la mujer acepta. Seguiremos el mismo orden. Por el momento sólo tenemos que ocuparnos del principio. La ley no dice cuál es el efecto de la renuncia; hay que aplicar por analogía el art. 785, según el cual el heredero que renuncia está como si nunca hubiese sido heredero. La mujer que renuncia está, pues, como si nunca hubiese sido asociada; la comunidad queda al marido ó á sus herederos por el activo y pasivo. (1) El art. 785 no se expresa en términos absolutos; dice que el heredero está *como si* nunca hubiese sido heredero. Esta expresión, como lo hemos dicho (núm. 411), implica una especie de ficción. Es imposibie, sobre todo en materia de comunidad, que la renuncia de la mujer destruya todo cuanto se hizo desde la celebración del matrimonio. Y si la mujer se obligó personalmente con autorización de su marido, queda obligada por el compromiso que contrajo hacia los acreedores. El marido administró los bienes de la mujer, todos los actos que ha hecho quedan válidos á pesar de la renuncia de la mujer. La ficción de la retroacción sólo recibe aplicación en los límites de la ley. Diremos más adelante cuáles son estos límites.

1 Aubry y Rau, t. V, pág. 416, nota 22, pfo. 517. Duranton, t. XIV, página 585, núm. 462.
2 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 279, núm. 121 bis.

§ IV.—Derechos de los herederos de la mujer.

421. La ley da el derecho de opción á los herederos de la mujer (art. 1,453). Estos gozan, pues, en principio de los mismos derechos de la mujer. Para la aplicación del principio debe distinguirse si la comunidad se disuelve por la muerte de la mujer ó si se disuelve por la del marido, y si la mujer llega á morir antes de haber podido ejercer su derecho de opción.

1 Rodière y Pont, t. II, pág. 453, núm. 1179.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

las expresiones *en perjuicio de sus derechos*. (1) Son los términos del art. 788 los que preveen el caso idéntico de la renuncia á una sucesión, y que parecen conceder la acción pauliana á los acreedores por sólo serles la renuncia perjudicial. Hemos examinado en el título de las *Obligaciones* la dificultad que presentan las renuncias en lo que conciernen á la acción pauliana. Nos parece que lógicamente el artículo 1,167, que establece el principio y exige el fraude, debe superar á una disposición que sólo aplica el principio; nos parece, sobre todo, imposible cambiar el texto del artículo 1,464 cuando esta disposición sólo aplica la regla del art. 1,167; si hay error en la ley, es en el art. 788 que se aparta de este principio, y no en el art. 1,464 que lo aplica. Mantenemos, pues, la condición de fraude, sin la cual no podría haber acción pauliana. (2)

419. ¿Cuál es el efecto de la sentencia que anula la renuncia? Cuando la mujer es quien pide la nulidad por causa de minoría ó por dolo, se encuentra vuelta á colocar en el estado que tenía antes de renunciar; es decir, que conserva su derecho de opción y lo ejerce según el derecho común. Si los acreedores obtuvieron la anulación de la renuncia hecha en fraude de sus derechos, la sentencia sólo produce efecto para con ellos y en interés suyo; la renuncia subsiste en cuanto á la mujer. Este es el derecho común en materia de acción pauliana; el deudor que obra en fraude de sus acreedores no puede aprovecharse de la anulación del acta fraudulenta, no pudiendo nadie sacar ventaja de su dolo. Transladamos á lo que fué dicho en el título de las *Obligaciones*.

Núm. 5. Efecto de la renuncia.

420. El Código reglamenta los efectos de la renuncia después de haber tratado de la partición de la comunidad á la que se procede cuando la mujer acepta. Seguiremos el mismo orden. Por el momento sólo tenemos que ocuparnos del principio. La ley no dice cuál es el efecto de la renuncia; hay que aplicar por analogía el art. 785, según el cual el heredero que renuncia está como si nunca hubiese sido heredero. La mujer que renuncia está, pues, como si nunca hubiese sido asociada; la comunidad queda al marido ó á sus herederos por el activo y pasivo. (1) El art. 785 no se expresa en términos absolutos; dice que el heredero está *como si* nunca hubiese sido heredero. Esta expresión, como lo hemos dicho (núm. 411), implica una especie de ficción. Es imposibie, sobre todo en materia de comunidad, que la renuncia de la mujer destruya todo cuanto se hizo desde la celebración del matrimonio. Y si la mujer se obligó personalmente con autorización de su marido, queda obligada por el compromiso que contrajo hacia los acreedores. El marido administró los bienes de la mujer, todos los actos que ha hecho quedan válidos á pesar de la renuncia de la mujer. La ficción de la retroacción sólo recibe aplicación en los límites de la ley. Diremos más adelante cuáles son estos límites.

1 Aubry y Rau, t. V, pág. 416, nota 22, pfo. 517. Duranton, t. XIV, página 585, núm. 462.
2 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 279, núm. 121 bis.

§ IV.—Derechos de los herederos de la mujer.

421. La ley da el derecho de opción á los herederos de la mujer (art. 1,453). Estos gozan, pues, en principio de los mismos derechos de la mujer. Para la aplicación del principio debe distinguirse si la comunidad se disuelve por la muerte de la mujer ó si se disuelve por la del marido, y si la mujer llega á morir antes de haber podido ejercer su derecho de opción.

1 Rodière y Pont, t. II, pág. 453, núm. 1179.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

Núm. 1. Disolución de la comunidad por la muerte de la mujer.

422. Los herederos de la mujer tienen el derecho de opción. No hay ninguna dificultad cuando están de acuerdo; aceptarán ó renunciarán. ¿Pero qué debe decidirse cuando no están acordes? Uno quiere aceptar, otro quiere renunciar; ¿pueden optar cada uno por lo que les conviene? El art. 1,475 contesta á nuestra cuestión; supone que los herederos de la mujer están divididos de manera que uno acepta la comunidad á la que los demás renuncian; la ley reglamenta las consecuencias que resultan de este estado de cosas; lo acepta, pues, como legítimo. Esta es la doctrina de Pothier. El derecho, dice, que la mujer tiene en la mitad de los bienes de la comunidad es divisible, puesto que tiene por objeto algo divisible, siendo divisibles los bienes que componen la comunidad, cuando menos intelectualmente, lo que basta para que el derecho sea divisible. De esto se sigue que el derecho de la mujer se divide de pleno derecho entre los herederos, así como todos los derechos divisibles que deja en su patrimonio; cada uno de los herederos sucede á ello por su parte. (1) Pothier considera el derecho de la mujer, respecto á la aceptación, como un derecho en los bienes; pero si el derecho es divisible cuando los herederos aceptan, lo es también cuando renuncian; el modo de usar de un derecho no cambia su naturaleza. Así si la mujer deja cuatro herederos sucediendo cada uno por una cuarta parte, el derecho á la comunidad se divide entre ellos; cada uno tiene una cuarta parte en ella y usa de esta parte como gusta, sea aceptando, sea renunciándola.

423. Los herederos se dividen; en el ejemplo que acabamos de dar, según Pothier, uno de ellos acepta, los otros tres renuncian. ¿Cuál es el derecho del aceptante y qué su-

1 Pothier, *De la comunidad*, núm. 577.

cede con el derecho de los renunciantes? El art. 1,475 dice que aquel que aceptó sólo puede tomar su parte *viril* y *hereditaria* en los bienes que tocan en el lote de la mujer. La palabra viril está por demás, supone que la parte de los herederos es igual; esto puede ser, pero también puede no ser así; y si las partes son desiguales, no es ya exacto decir que el aceptante toma una parte viril, toma una parte hereditaria. No hay ninguna duda en este punto.

La ley se expresa restrictivamente: dice que el heredero aceptante sólo puede tomar *su parte hereditaria*; esto implica que no tiene ningún derecho en la parte de los renunciantes. Queda por saber lo que sucede con estas partes. El art. 1,475 decide que «el sobrante queda al marido.» Es, pues, el marido quien aprovecha la parte del heredero que renuncia. Los autores del Código han seguido en este punto la opinión de Pothier. La cuestión estaba controvertida en el derecho antiguo. Lebrún sostenía que la parte de los renunciantes debía acrecentar la del aceptante. Esto es un error; Pothier lo prueba hasta la evidencia. (1) Hay desde luego que apartar el crecimiento que se hace entre colegatarios, puesto que los herederos de la mujer son sucesores *ab intestat*. Y en la herencia legítima no hay lugar al derecho de crecimiento propiamente dicho; si el heredero que acepta recoge la parte del que renuncia, esto es por derecho de no decrecimiento, porque está llamado á toda la herencia, teniendo que aceptarla toda. En la sucesión en la que suponemos que cuatro herederos de la mujer están llamados, se encuentra el derecho de la mujer en la comunidad; tres de ellos renuncian á esta comunidad, pero permanecen herederos; renunciando á la comunidad hacen acto de herederos, pues no pueden renunciar á un derecho que se halla en la herencia sino aceptando la herencia. Permane-

1 Pothier, *De la comunidad*, núm. 578. Duveyrier, *Informe*, núm. 40 [Locré, t. VI, pág. 426].

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

ciendo cada uno heredero y recogiendo su parte hereditaria no puede tratarse de no decrecimiento, pues donde hay cuatro herederos aceptantes que toman cada uno su parte, nada puede decrecer en ninguno de ellos. La parte de los herederos que renuncian á la comunidad no puede, pues, aprovechar al heredero que la aceptó. Nada hay cambiado en sus situaciones á consecuencia de la renuncia; cada uno usó del derecho de opción como le convino, uno aceptando los otros renunciando. ¿Pero por qué queda al marido la parte de los renunciantes? Esta es la aplicación de los principios que rigen la renuncia de la mujer; cuando ésta renuncia está *como si* nunca hubiera sido común, no tiene ningún derecho á la comunidad; por lo tanto, los bienes que la componen quedan al marido, de quien eran propiedad. Lo que es verdad del marido lo es también de sus herederos. Tres herederos renuncian; la mujer está como si nunca hubiese sido común por sus partes, luego estas partes deben quedar al marido. El resultado parece ser singular, y es esta singularidad la que engañó á Lebrún; la mujer sólo había sido mujer común por una cuarta parte, y por las otras tres cuartas partes no había sido común. Nada más sencillo bajo el punto de vista de los principios; es una consecuencia jurídica de la divisibilidad del derecho de la mujer común.

424. El 2.° inciso del art. 1,475 exige algunas explicaciones. Dice: «Lo sobrante queda al marido, quien sólo está encargado, para con el heredero renunciante, de los derechos que la mujer debiera ejercer en caso de renuncia, pero hasta concurrencia sólo de la porción viril hereditaria del renunciante.» Se interpreta ordinariamente esta disposición en este sentido: que supone una cláusula de comunidad convencional por la cual la mujer se reserva el derecho de volver á tomar lo que aportó, en caso de renuncia. (1) Esto no es enteramente exacto; es seguro que la ley recibe su aplicación á esta cláusula, pero nada en el texto lo supone, y se entendería difícilmente que el legislador, al tratar de la comunidad legal, tuviera en vista una cláusula de comunidad convencional. Debe, pues, aplicarse primero el art. 1,475 á la comunidad legal y aplicarlo después á la cláusula del art. 1,504.

1 Rodière y Pont, t. II, pág. 378, núm 1098.

425. La mujer que renuncia tiene derechos que ejercer aun bajo el régimen de la comunidad legal. Según el artículo 1,493 vuelve á tomar sus inmuebles que existen en naturaleza ó aquellos que han sido adquiridos en reemplazos, el precio de sus propios enajenados, de los que no se hizo reemplazo, y todas las indemnizaciones que pueden serle debidas por la comunidad á título de recompensa. Cuando uno de los herederos de la mujer renuncia ejerce estos derechos por su parte hereditaria; si hay cuatro herederos y tres renuncien cada uno de ellos ejerce los derechos del art. 1,493 por una cuarta parte; vuelven á tomar, pues, entre los tres, las tres cuartas partes de los inmuebles de la mujer, ó de los adquiridos en reemplazo, las tres cuartas partes del precio de los propios no reemplazados y las tres cuartas partes de las indemnizaciones; el marido queda encargado, como lo dice el art. 1,475, de saldar estos derechos; tiene en compensación la parte que los renunciantes hubiesen tenido en el activo.

La mujer renunciante puede también tener un recurso que ejercer contra su marido por las deudas que le son personales; está obligada á estas deudas para con los acreedores, pero si las paga tiene un recurso contra su marido (artículo 1,494). Sus herederos tienen el mismo derecho en proporción á su parte hereditaria, y lo tienen ya sea que acepten ó que renuncien; pero hay una diferencia en cuanto á la extensión de este derecho: los que aceptan están obligados á las deudas por mitad, cuando menos hasta concurrencia de su emolumento; no tienen, pues, recurso sino por lo que excede de su emolumento; mientras que los que renuncian,

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

aunque obligados personalmente para con los acreedores, no contribuyen en las deudas para con el marido; tienen, pues, un recurso por todo cuanto han debido pagar por razón de su parte hereditaria. (1)

426. La mujer puede estipular la devolución de lo que aporta en caso de renuncia. Aquellos de sus herederos que renuncian tienen derecho á esta devolución en proporción á su parte hereditaria. Si tres renuncian, como lo hemos supuesto, y suceden cada uno por una cuarta parte, el marido deberá restituirles las tres cuartas partes de lo aportado por la mujer, á reserva de que ellos contribuyan en la misma proporción en las deudas que debe soportar la mujer según el art. 1,504. Esta es la opinión de Pothier que el Código ha consagrado en el art. 1,475. Hay un motivo de duda: lo aportado por la mujer entra en la comunidad bajo el imperio de la cláusula del art. 1,504. Se podría concluir de esto que la restitución de lo aportado es una deuda de la comunidad y, por consiguiente, hacer que el heredero aceptante contribuya á dicha deuda. Pothier contesta, y la respuesta es perentoria, que la restitución de lo aportado no es una deuda de la comunidad, porque el marido sólo está obligado á ella cuando la mujer renuncia; es el precio del abandono que la mujer hace de su parte en el activo común, y es justo que el precio esté pagado por aquel á quien aprovecha este abandono; ¿y quién aprovecha de la renuncia? Sólo el marido, según el sistema de Pothier que el art. 1,475 ha consagrado; por esto es que la ley dice que el *marido* queda encargado para con el heredero renunciante de los derechos que la mujer hubiera podido ejercer en caso de renuncia. (2)

1 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 301, núms. 135 *bis* IV y V.
2 Pothier, *De la comunidad*, núm. 579. Colmet de Santerre, t. VI, pág. 302, núm. 135 *bis* VI.
Aun existe una dificultad cuando la comunidad es exclusivamente mobiliaria y que hay un legatario de muebles y uno de inmuebles; el legatario de muebles acepta y el de inmuebles renuncia: ¿cuál será el derecho y cuál el cargo del

427. No debe confundirse el caso previsto por el artículo 1,475, es decir, aquel en el cual uno de los herederos de la mujer renuncia á la comunidad, y el caso en que uno de los herederos renuncia á la sucesión. En esta última hipótesis se aplica el art. 786; la parte del renunciante aumenta la de sus coherederos que aceptan, y, por consiguiente, el derecho á la comunidad que hubiera tenido este heredero si hubiera aceptado aprovecha igualmente á sus coherederos. Esto es la consecuencia del derecho de crecimiento ó, para decir mejor, del no decrecimiento que tiene lugar en el caso de renuncia á la sucesión. Aquel que renuncia á la sucesión renuncia también á su derecho en la comunidad que se encuentra en dicha sucesión. Este derecho pasa, pues, con la sucesión á los herederos del renunciante. (1) Si todos los hijos de la mujer renuncian la sucesión toca á los herederos del grado subsecuente. (2)

428. Los herederos de la mujer tienen el derecho de aceptar ó de renunciar, derecho individual del que cada cual usa como gusta. ¿Está sometido este derecho á las mismas condiciones que el derecho de opción de la mujer? El artículo 1,466 contesta á la cuestión; dice así: «En el caso de disolución de la comunidad por la muerte de la mujer sus herederos pueden renunciar á la comunidad en el mismo *plazo* y en las mismas *formas* que la ley prescribe para la mujer supérstite.» Esta disposición ha dado lugar á una dificultad en la cual la doctrina y la jurisprudencia están separadas; ¿los herederos deben hacer inventario en el plazo de tres meses después de la muerte, para conservar la facultad de renunciar después de este plazo? En otros términos: ¿se aplica el art. 1,456 á los herederos de la mujer? La jurislegatario aceptante? Veamos á Colmet de Santerre, t. VI, pág. 302. núm. 135 *bis* VII. Compárese Durantón, t. XIV, pag. 600, núm. 479, y Pothier, *De la comunidad*, núm. 579.
1 Durantón, t. XIV, pág. 599, núm. 479.
2 Rouen, 30 de Junio de 1857 (Dalloz, 1858, 2, 172).

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

prudencia francesa se ha pronunciado por la negativa, (1) mientras que los autores profesan generalmente la opinión contraria. (2) Una sentencia reciente de la Corte de Lieja ha resuelto en este último sentido. (3) Creemos que esta es la buena opinión y, en nuestro concepto, se apoya en el texto mismo de la ley, aunque la jurisprudencia contraria invoque el texto. El art. 1,466, se dice, no obliga á los herederos á hacer inventario en el plazo de tres meses para conservar la facultad de renunciar después de este plazo, lo que parece decidir la cuestión. Se trata de saber cuál es el sentido de estas palabras: que los herederos de la mujer pueden renunciar á la comunidad en el *plazo* que la ley prescribe á la mujer supérstite. Pues bien, nosotros decimos que el art. 1,456 decide una cuestión de plazo. En efecto, como ya lo hemos observado, el art. 1,456 deroga el art. 1,453, á la vez que lo aplica: en virtud del art. 1,453 la mujer tiene treinta años para ejercer su derecho de opción; el artículo 1,456 mantiene este derecho subordinándolo á una condición: es que la viuda haga inventario en los tres meses. Tiene, pues, en este tiempo el ejercicio pleno de su derecho de opción; más allá del plazo sólo lo conserva con la condición de haber hecho inventario en el citado plazo. Luego la obligación de hacer inventario en los tres meses es una cuestión de plazo; está prescripta para que la mujer supérstite conserve su derecho de opción después de los tres meses. De esto se sigue que el art. 1,466, al decir que los herederos de la mujer pueden renunciar en *los plazos* que la ley prescribe á la mujer, decide implícitamente que deben

1 Véanse las citaciones en Aubry y Rau, t. V, pág. 420, nota 33, pfo. 517. Rodière y Pont, t. II, pág. 450, nota 3, y Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 2283.

2 Véanse las citaciones en Aubry y Rau, y Rodière y Pont, t. II, pág. 450, nota 4. En sentido contrario, Colmet de Santerre, t. VI, pág. 282, núm. 123 *bis* II.

3 Lieja, 24 de Mayo de 1873 (*Pasicrisia*, 1873, 2, 217), casada por sentencia de 14 de Enero de 1875 [*ibid.*, 1875, 1, 79].

hacer inventario en el plazo de tres meses si quieren conservar su derecho de opción después de este plazo.

Se objeta que el art. 1,456 no habla sino de la *mujer* supérstite y no menciona á sus herederos. La objeción está sin valor: el art. 1,453, primero de la sección IV, asimila los herederos á la mujer dándoles los mismos derechos; y el último de la sección, el art. 1,466, les impone las mismas obligaciones. ¿Qué más se necesita? En todo caso el silencio de la ley nada prueba. El art. 1,455 tampoco menciona á los herederos: ¿quiere esto decir que éstos no puedan atacar su renuncia por causa de dolo?

Hay una objeción que parece ser más seria, es la tradición. Pothier dice que los herederos de la mujer pueden renunciar á la comunidad sin inventario porque no se encuentran en posesión de los efectos de la comunidad; el marido supérstite es quien posee, luego no hay ningún peligro de substracción y, por tanto, la obligación de inventario no tiene razón de ser. Los trabajos preparatorios del Código contestan la objeción. El proyecto del Código Civil, tal como fué votado por el Consejo de Estado, reproducía la doctrina de Pothier; el Tribunado emitió la opinión de que un inventario era siempre necesario, y propuso, en consecuencia, un cambio de redacción que fué adoptado por el Consejo de Estado. Los autores del Código se han, pues, apartado en este punto de la opinión de Pothier. Aun hay más: cambiando de sistema y exigiendo un inventario para los herederos tanto como para la mujer, debía también el Tribunado aplicar á los herederos la disposición del art. 1,456; es decir, asimilar en todo los herederos y la mujer supérstite; tal fué el objeto del art. 1,466. El orador del Tribunado se explica en este sentido: «La renuncia exige un inventario previo y que la mujer no se haya inmiscuido en los bienes de la comunidad. La facultad de renunciar se transmite á los herederos de la viuda con *los mismos cargos y condicio-*

nes.» (1) El art. 1,466 así interpretado por aquellos mismos que lo hicieron inscribir en el Código, no deja ninguna duda, en nuestro concepto.

Núm. 2. Disolución de la comunidad por la muerte del marido.

429. La mujer sobrevive, pero llega á morir antes de haber tomado calidad y encontrándose aún en el plazo de tres meses y cuarenta días. ¿Cuáles son los derechos de sus herederos? El art. 1,461 prevee la hipótesis, pero se limita á reglamentar la cuestión de los plazos que tienen los herederos para hacer inventario y deliberar; volveremos á ocuparnos de este punto. Hay una primera dificultad: ¿debe aplicarse el art. 1,475 y decidir que el derecho de la mujer se divide entre losherederos y que, por consiguiente, uno puede aceptar y renunciar los otros? Hay un motivo de duda. El art. 782 prevee la dificultad para los herederos de un sucesible que muere sin haber tomado calidad. Si los herederos no están acordes para aceptar ó renunciar la sucesión, debe aceptarse bajo beneficio de inventario. ¿Debe aplicarse esta disposición por analogía á los herederos de la viuda? Habría que responder afirmativamente si el art. 782 fuese la aplicación de un principio general. Se ha sostenido así diciendo que habiéndose abierto el derecho en la persona del sucesible, éste debía aceptar ó renunciar: no puede, seguramente, dividir el ejercicio de su derecho de opción; en este sentido su derecho es indivisible. Y transmite su derecho á sus herederos tal como él mismo lo tenía. Luego sus herederos deben aceptar ó repudiar por el todo; si no está de acuerdo, sólo queda, para zanjar la dificultad, imponerles un modo de aceptar que parece conciliar todos los intereses, la aceptación beneficiaria. Si estos principios son verdaderos en materia de sucesión, deben serlo en materia de comunidad si la situación es idéntica. En nuestro concepto, el artículo 782 no es la expresión de los verdaderos principios. No es exacto decir que el derecho hereditario se hace indivisible cuando un sucesible lo transmite á sus herederos. Para apreciar la naturaleza de un derecho hay que ver cuál es su objeto; este es el principio formulado por el art. 1,217 que define la obligación divisible y la indivisible; y siendo divisibles los bienes de que se compone una herencia, cuando menos intelectualmente, el derecho en estos bienes es divisible según el art. 1,217; luego cada heredero debería tener el derecho de aceptar por su parte ó de renunciarla. Considerando su derecho como indivisible, el art. 782 deroga el principio establecido por el art. 1,217, que es el sitio de esta materia. Esto decide nuestra cuestión. No se pueden aplicar por analogía disposiciones excepcionales; hay, pues, que apartar la excepción del art. 782 para atenerse á la regla del art. 1,217, á no ser que haya en el título del *Contrato de matrimonio* una disposición que se oponga á ello. Nada dice el Código de esta dificultad en la sección IV, que trata de la aceptación de la comunidad; es en la sección de la partición donde el art. 1,475 prevee el caso en el cual los herederos de la mujer no están acordes. ¿Cuál es la hipótesis que tiene la ley en vista? No dice los herederos de la *mujer muerta*, dice los herederos de la *mujer*; se puede, pues, aplicar el art. 1,475 á los herederos de la mujer *supérstite* que muere en el plazo de tres meses y cuarenta días. Lo que Pothier dice de la naturaleza del derecho de comunidad, confirma esta intepretación; él enseña que este es un derecho divisible; si es divisible cuando la mujer *murió primero*, ¿por qué se haría indivisible cuando la mujer sobrevive y llega á morir en los tres meses y cuarenta días? Se debe, pues, apartar el art. 782 porque deroga los principios que rigen la divisibilidad. No consagrando la ley esta excepción en materia de comunidad, hay que atenerse al ar-

1 Simeón, *Discurso* núm. 39 (Lócré, t. VI, pág. 465).

tículo 1,475, interpretándolo según el principio del 1,217; es decir, aplicándolo á todas las hipótesis en las cuales los herederos están llamados á ejercer los derechos de la mujer. (1)

430. Cuando la viuda muere en el plazo de tres meses y cuarenta días sin haber tomado calidad, sus herederos tienen cada uno un derecho individual de aceptar ó renunciar la comunidad por su parte hereditaria. ¿En qué plazo deben ejercer este derecho? Debe aplicárseles el principio del art. 1,466; ejercen el derecho de la mujer tal cual lo hubiese ejercido ésta si hubiera sobrevivido. Esto no sufre ninguna dificultad para los herederos de la viuda, pues suceden á sus derechos en la comunidad por vía de transmisión; no tienen, pues, otros derechos que los de la viuda; es decir, que pueden ejercer el derecho de opción durante treinta años, á condición de hacer inventario en los tres meses. Quedaba por reglamentar la cuestión de los plazos: tal fué el objeto del art. 1,461.

431. «Si la viuda muere antes de fenecer los tres meses sin haber hecho ó terminado el inventario, los herederos tendrán, para hacerlo ó terminarlo, un nuevo plazo de tres meses á contar desde la muerte de la viuda.» En este plazo de tres meses pueden usar del derecho que pertenecía á la viuda; es decir, renunciar sin estar obligados al inventario. Pero si quieren conservar la facultad de renunciar después de fenecidos los tres meses, deben, como debiera hacerlo la viuda, hacer inventario en este plazo. (2)

El art. 1,461 agrega que los herederos tendrán un plazo de cuarenta días para deliberar después de la clausura del inventario. Esto es de derecho común (arts. 1,457-1,459). Hemos dicho más atrás (núm. 398) cuál es el objeto de este plazo concedido á la viuda; marca la duración de la excepción dilatoria que la viuda ó sus herederos pueden oponer á los acreedores que los persiguen, y determina á cargo de quién se harán los gastos de las promociones.

1 Marcadé, t. V, pág. 627, núm. II del art. 1475. Colmet de Santerre, t. VI, pág. 300, núms. 135 *bis* I y II. Orleáns, 14 de Febrero de 1862 (Dalloz, 1862, 2, 56).

2 Aubry y Rau, t. V, págs. 419 y siguientes, pfo. 517 (4.ª edición).

432. «Si la viuda muere habiendo terminado el inventario, sus herederos tendrán para deliberar un nuevo plazo de cuarenta días á contar desde la muerte de ésta (artículo 1,461). Los herederos tienen, en virtud del derecho común, un plazo de tres meses y cuarenta días para hacer el inventario de la sucesión y para deliberar; durante este plazo no están obligados á tomar calidad; pueden, por consiguiente, oponer á los acreedores la excepción moratoria. ¿Cómo conciliar el derecho común con el art. 1,461 que parece conceder á los herederos sólo un plazo de cuarenta días, durante el que podrán rechazar las promociones por excepción moratoria? Es seguro que no se puede obligar á los herederos á tomar calidad dentro de los cuarenta días, aceptando ó repudiando la comunidad, pues esto sería obligarlos á tomar calidad como herederos; es decir, con relación á la sucesión dejada por la viuda; en efecto, no pueden aceptar la comunidad que se halla en la sucesión sin aceptar la misma sucesión; así como renunciarían á la sucesión si renunciaban á la comunidad que está comprendida en ella; y no se les puede obligar á pronunciarse acerca de la aceptación ó renuncia de la sucesión mientras están dentro del plazo de tres meses y cuarenta días, que se abre á la muerte de la viuda. Síguese de esto que, en regla general, los herederos tienen un plazo de tres meses y cuarenta días para aceptar ó renunciar la sucesión, y que tienen el mismo plazo para aceptar ó renunciar la comunidad. Sólo se concibe un solo caso en el que los herederos no tendrán sino cuarenta días para deliberar, esto es cuando aceptan inmediatamente la sucesión de la viuda. (1)

1 Durantón, t. XIV, pág. 582, núm. 455. Mourlón, t. III, pág. 94, número 219. Rodière y Pont, t. II, pág. 448, núm. 1169.

433. El art. 1,461 agrega: "Los herederos pueden, además, renunciar la comunidad en las formas establecidas más atrás." Es el art. 1,457 el que reglamenta estas formas. Debe agregarse que la renuncia de los herederos de la mujer puede ser convencional, así como la de la viuda; los derechos y la situación son idénticos.

En fin, el art. 1,461 dice que los arts. 1,458 y 1,459 son aplicables á los herederos de la viuda. Se trata de la prórroga del plazo de tres meses y cuarenta días y de la excepción moratoria que pueden oponer á los acreedores. Transladamos á lo que fué dicho más atrás.

§ V.—De los derechos de la viuda.

434. La ley concede á la viuda ciertos derechos que no pertenecen á sus herederos porque están fundados en consideraciones personales á la mujer. Son: el luto de la viuda (art. 1,481), los elementos y la habitación á los que tiene derecho durante el plazo para hacer inventario y deliberar (art. 1,465).

Núm. 1. Del luto de la viuda.

435. Según el art. 1,481, "el luto de la mujer está á cargo de los herederos del marido difunto." El art. 1,570 contiene una disposición análoga para la mujer dotal. En el espíritu de la ley, este derecho de la viuda le pertenece, pues, bajo todos los regímenes; así era la antigua jurisprudencia. La razón es que el luto de la mujer nada tiene de común con el régimen referente á los bienes. El motivo por el cual el derecho tradicional lo concede á la mujer contra los herederos del marido es general y recibe su aplicación á todos los casos, ya sea que la mujer sea común ó dotal, que acepte ó que renuncie á la comunidad; el art. 1,461 lo dice terminantemente de la mujer renunciante; lo que prueba que

se trató de un derecho concedido á la mujer en tal calidad, haciendo abstracción de las convenciones matrimoniales de los esposos.

Es una máxima del derecho francés que la mujer no debe soportar los gastos de luto de su marido. Esta máxima se liga á la regla igualmente tradicional que obligaba á la viuda á permanecer en la viudez durante un año. Parecía justo, dice Lebrún, que se le ministraran los lúgubres vestidos que le recordaban los deberes de su estado. Esta consideración explica la diferencia que la ley establece entre la mujer y el marido. Pothier observa que el uso no permite al marido pedir á los herederos de la mujer los gastos de su luto: no ve, dice, la razón de esta diferencia. Se cita ordinariamente una ley romana que dice que el marido no está obligado á llevar luto por su mujer. Pothier contesta que en nuestras costumbres no sucede ya así, puesto que el marido lleva luto por su mujer como la mujer lleva el luto de su marido; termina diciendo, con el jurisconsulto romano, que no podemos dar la razón de lo que fué establecido por nuestros antepasados. Quizá la diferencia tenga su origen en una desigualdad que bajo el punto de vista moral es imposible justificar. El marido no está obligado á observar el año de viudedad que se imponía á la mujer, desde luego no podía reclamar el luto contra los herederos de la mujer; es seguro que este derecho sería extraño si el marido contraía nuevas nupcias; los herederos hubieran podido contestarle que volverse á casar y llevar el luto de la mujer que tan pronto se olvida son cosas contradictorias. (1)

436. Esta es una disposición que depende de las costumbres, y el derecho se modifica cuando las costumbres cambian. Encontramos un singular ejemplo de ello en Pothier.

1 Toullier, t. VII, 1, pág. 243, núms. 266-268. Pothier, *De la comunidad*, núm. 678. Lebrún, *De la comunidad*, pág. 222, núms. 38 y 42.

433. El art. 1,461 agrega: "Los herederos pueden, además, renunciar la comunidad en las formas establecidas más atrás." Es el art. 1,457 el que reglamenta estas formas. Debe agregarse que la renuncia de los herederos de la mujer puede ser convencional, así como la de la viuda; los derechos y la situación son idénticos.

En fin, el art. 1,461 dice que los arts. 1,458 y 1,459 son aplicables á los herederos de la viuda. Se trata de la prórroga del plazo de tres meses y cuarenta días y de la excepción moratoria que pueden oponer á los acreedores. Transladamos á lo que fué dicho más atrás.

§ V.—De los derechos de la viuda.

434. La ley concede á la viuda ciertos derechos que no pertenecen á sus herederos porque están fundados en consideraciones personales á la mujer. Son: el luto de la viuda (art. 1,481), los elementos y la habitación á los que tiene derecho durante el plazo para hacer inventario y deliberar (art. 1,465).

Núm. 1. Del luto de la viuda.

435. Según el art. 1,481, "el luto de la mujer está á cargo de los herederos del marido difunto." El art. 1,570 contiene una disposición análoga para la mujer dotal. En el espíritu de la ley, este derecho de la viuda le pertenece, pues, bajo todos los regímenes; así era la antigua jurisprudencia. La razón es que el luto de la mujer nada tiene de común con el régimen referente á los bienes. El motivo por el cual el derecho tradicional lo concede á la mujer contra los herederos del marido es general y recibe su aplicación á todos los casos, ya sea que la mujer sea común ó dotal, que acepte ó que renuncie á la comunidad; el art. 1,461 lo dice terminantemente de la mujer renunciante; lo que prueba que

se trató de un derecho concedido á la mujer en tal calidad, haciendo abstracción de las convenciones matrimoniales de los esposos.

Es una máxima del derecho francés que la mujer no debe soportar los gastos de luto de su marido. Esta máxima se liga á la regla igualmente tradicional que obligaba á la viuda á permanecer en la viudez durante un año. Parecía justo, dice Lebrún, que se le ministraran los lúgubres vestidos que le recordaban los deberes de su estado. Esta consideración explica la diferencia que la ley establece entre la mujer y el marido. Pothier observa que el uso no permite al marido pedir á los herederos de la mujer los gastos de su luto: no ve, dice, la razón de esta diferencia. Se cita ordinariamente una ley romana que dice que el marido no está obligado á llevar luto por su mujer. Pothier contesta que en nuestras costumbres no sucede ya así, puesto que el marido lleva luto por su mujer como la mujer lleva el luto de su marido; termina diciendo, con el jurisconsulto romano, que no podemos dar la razón de lo que fué establecido por nuestros antepasados. Quizá la diferencia tenga su origen en una desigualdad que bajo el punto de vista moral es imposible justificar. El marido no está obligado á observar el año de viudedad que se imponía á la mujer, desde luego no podía reclamar el luto contra los herederos de la mujer; es seguro que este derecho sería extraño si el marido contraía nuevas nupcias; los herederos hubieran podido contestarle que volverse á casar y llevar el luto de la mujer que tan pronto se olvida son cosas contradictorias. (1)

436. Esta es una disposición que depende de las costumbres, y el derecho se modifica cuando las costumbres cambian. Encontramos un singular ejemplo de ello en Pothier.

1 Toullier, t. VII, 1, pág. 243, núms. 266-268. Pothier, *De la comunidad*, núm. 678. Lebrún, *De la comunidad*, pág. 222, núms. 38 y 42.

"No se concede luto, dice, á las mujeres del pueblo; tal como la viuda de un jornalero." Pothier no agrega una sola palabra de crítica. En nuestros modernos sentimientos, hallamos esta desigualdad insultante; los autores del Código se cuidaron mucho en no consagrarla; ponen á la mujer del proletario en la misma línea que la del millonario. Sólo cuando se trata de la extensión de la obligación que incumbe á los herederos del marido, es cuando la ley tiene en cuenta la posición social de los esposos: "El valor del luto, dice el art. 1,481, está arreglado según la fortuna del marido."

La ley entiende por luto el crédito que la mujer tiene contra la sucesión de su marido, la que está obligada á ministrarle la suma necesaria para llevar el luto. Así los herederos del marido no ministran los vestidos de luto á la viuda, le entregan una suma arbitraria en relación al estado y facultades del difunto; estas son las expresiones de Pothier. La jurisprudencia antigua se mantuvo en nuestras costumbres. (1)

Hay también que seguir á la tradición en otro punto. Se hace entrar en los gastos de luto, dice Pothier, el precio de los vestidos y otra ropa de luto, tanto de la viuda como de sus criados. Hay una sentencia en este sentido de la Corte de Pau: el uso, dice, ha conservado la costumbre de que los criados lleven luto por sus amos, como un homenaje á su memoria; desde luego este gasto no puede estar á cargo de la viuda, la que tiene para sí derecho al mismo luto. (2)

Núm. 2. De los alimentos.

437. "La viuda, ya sea que acepte ó que renuncie, tiene derecho, durante los tres meses y cuarenta días que le son

1 Pothier, *De la comunidad*, núm. 678. Toullier, t. VII, 1, pág. 216, número 272.
2 Pau, 27 de Mayo de 1837 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 2182).

concedidos para hacer inventario y deliberar, á tomar sus alimentos y los de sus criados de las provisiones existentes, y á falta de ellas, por empréstito en la masa comun, á reserva de usar en él moderadamente" (art. 1,465).

La ley concede el derecho de alimentos á la mujer común en bienes, ya sea que acepte ó renuncie. Este es un derecho puramente personal de la mujer supérstite según el art. 1,465; los herederos de la mujer no gozan de él. ¿Cuál es el motivo de este derecho que se parece á un privilegio? Es muy difícil precisarlo y, sin embargo, hay que saberlo para decidir las cuestiones controvertidas que presenta la aplicación del principio. Se lee en una sentencia reciente de la Corte de Casación, que la disposición del art. 1,465 está inspirada por un sentimiento de humanidad y de alta consideración. (1) La Corte de Rouen, cuya sentencia confirmó la Suprema Corte, se pronunció en el mismo sentido. "Por respeto á la aflicción de la viuda se le quiso evitar, en los primeros tiempos, los cuidados de procurarse sus medios de existencia y de habitación." (2) Aubry y Ráu dan otro motivo. La viuda, dicen, está en posesión de la comunidad; ella es quien administra, la ley le da el derecho de hacer actos de conservación y administración provisionales (art. 1,454). El inventario que hace en interés de los acreedores y de los herederos del marido, tanto como para su propio interés, es el verdadero motivo por el cual la ley da á la mujer los alimentos y habitación durante el plazo concedido para hacer inventario y para deliberar. (3) Ambos motivos, como lo diremos más adelante, conducen á consecuencias muy diferentes; importa, pues, saber cuál es el verdadero.

Nada se dice, acerca de este punto, en los trabajos preparatorios. Hay, pues, que ocurrir á las disposiciones del

1 Denegada, Sala Civil, 15 de Diciembre de 1873 (Dalloz, 1874, 1, 113).
2 Rouen, 12 de Mayo de 1871 (Dalloz, 1872, 2, 203). En el mismo sentido, Rodière y Pont, t. II, pág. 306, núm. 1026.
3 Aubry y Rau, t. V, pág. 423, nota 39, pfo. 517 (4.ª edición).

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

Código. Dar á la mujer los alimentos y habitación porque administra es concederle un salario. ¿Por qué había de remunerarse á la mujer por sus cuidados más bien que al marido? Si la ley hubiera querido indemnizar á la mujer hubiera debido darle mayor extensión en los derechos que le confiere, sentando como principio que la mujer tendría derecho á los alimentos y á la habitación mientras administra; y, si acepta, queda en posesión y administra hasta la partición. Considerados como salarios, los derechos de la mujer se explican difícilmente, mientras que se comprenden considerándolos como disposición de favor y de humanidad. Encontramos el mismo pensamiento en el art. 1,570: la mujer dotal puede exigir sus alimentos, durante el año del luto, á expensas de la sucesión del marido, abandonando á los herederos del marido el interés de su dote. Este favor está evidentemente dictado por humanidad; no se quiere que la mujer esté en la miseria en el momento en que pierde á su marido y que la vida de holganza y riqueza que tenía esté reemplazada por privaciones. El plazo es menor en el caso de comunidad, porque la mujer no renuncia á ninguno de sus derechos; puede tomar su parte en la comunidad y, no obstante, reclamar sus alimentos y habitación; lo seguro es que la situación de la viuda es, generalmente, menos buena que la del marido supérstite. ¿No sería esta situación la que despertó la solicitud del legislador?

438. ¿Cuál es la extensión de los derechos de la mujer? El art. 1,465 le permite tomar en la masa sus alimentos y los de sus criados. Nada dice de los hijos. Estos son herederos de su padre; tienen una fortuna personal que el tutor gestiona, y también el tutor es quien está llamado á su manutención. La ley no tenía, pues, para qué preocuparse por ellos. Los autores distinguen entre los hijos comunes y los de un matrimonio precedente; (1) esta distinción nos parece

1 Aubry y Rau, t. V, pág. 423 y nota 40, pfo. 517 y los autores que citan.

arbitraria, no descansa ni en el texto ni en los principios; creemos inútil discutirla.

¿Qué debe entenderse por alimentos? ¿Es un crédito puramente alimenticio, proporcionado para las necesidades de la viuda? El art. 1,465 dice que la mujer debe usar *moderadamente* del derecho que se le concede. El juez decidirá esto, ¿pero según qué principio? ¿Son las necesidades de la mujer ó la condición social del marido las que se tomarán en consideración? No se sabe. Creemos que es en este último sentido como se debe decidir la dificultad. La ley lo dice para el luto de la mujer (art. 1,481): ¿si su luto es proporcionado á la fortuna del marido se reducirán sus alimentos á los estrictamente necesario? La jurisprudencia se pronunció en favor de esta opinión, así como la doctrina: se deben interpretar por espíritu de humanidad las leyes que dictó la humanidad. (1)

439. ¿A cargo de quién son los alimentos? Acerca de este punto hay una diferencia entre el luto y el crédito alimenticio. El art. 1,481 dice que el luto está á cargo de los herederos del marido, mientras que el art. 1,465 pone los alimentos á cargo de las provisiones existentes en la comunidad; y si no las hay tiene la mujer derecho para pedirlas prestadas á cargo de la masa común. Es bastante difícil darse cuenta de esta diferencia; es probable que el art. 1,481 sea una consecuencia de la máxima tradicional según la cual el marido difunto es quien debe pagar el luto; es una idea material, pero remonta á la antigüedad, tiempo de barbarie y no de delicadeza. Lo seguro es que la comunidad es la que paga los alimentos; podrá suceder que indirectamente sean los herederos del marido. Si no hay provisiones la mujer está autorizada á pedir prestado á cargo de la comunidad, sin distinguir si es ésta buena ó mala; si es mala, la mujer

1 Rodière y Pont, t. II, pág. 306, núm. 1027. Véase la jurisprudencia en el *Repertorio* de Dalloz, en la palabra *Contrato de Matrimonio*, núm. 2272.

marla (art. 1,495); está concedida á la mujer en las mismas circunstancias que los alimentos y durante los mismos plazos. ¿No debe concluirse que tiene el mismo fundamento y la misma naturaleza? Hay, sin embargo, un nuevo motivo de duda, es la opinión de Pothier; dice que la comunidad está como si hubiera ocupado la casa con los efectos que en ella tiene y de los que la mujer es sólo la encargada; es, pues, la comunidad, dice, quien debe pagar la renta de la casa. (1) ¿Los autores del Código han seguido la opinión de Pothier? Es difícil opinar cualquiera cosa acerca de este punto, puesto que nada se encuentra en los trabajos preparatorios; pero resulta de varios textos que el derecho de habitación y el crédito alimentario forma un solo y mismo derecho; deben, pues, tener el mismo fundamento. ¿Se concibe que el legislador conceda alimentos á la viuda por sentimiento humano y que sólo le dé habitación como salario? A decir verdad, el alojamiento está comprendido en el crédito alimentario. En efecto, la palabra *alimentos* tiene un sentido técnico que comprende la habitación; el segundo inciso del art. 1,465 completa, pues, el primero. Ambas disposiciones reunidas dan á la mujer derecho á los alimentos y á la habitación; tiene además los vestidos, puesto que el luto le está ministrado por los herederos del marido; creemos que todos estos derechos tienen un solo y único fundamento, la humanidad y las consideraciones. El art. 1,570 confirma esta opinión: la mujer dotal tiene siempre derecho á la habitación durante el año del luto; no es esto un salario seguramente; la mujer, cuando muere el marido, vuelve á tomar su dote y, no obstante, goza de la habitación á expensas de la sucesión del marido, disposición de pura humanidad. ¿Acaso la humanidad depende del régimen de los esposos? ¿Y por qué lo que es de alta consideración bajo el régimen

1 Pothier, *De la comunidad*, núm. 571.

dotal había de ser un salario bajo el régimen de la comunidad?

442. La habitación que el art. 1,465 concede á la viuda nada tiene de común con el derecho de habitación de que trata el Código en el título del *Usufruto*. (1) Este último derecho es real, mientras que el art. 1,465 da á la mujer un crédito alimentario; es decir, un derecho de obligación. Lo prueba el texto de la ley; la mujer ocupa la casa á título de *arrendamiento*, luego en virtud de un derecho de crédito. No hay ninguna razón para establecer un derecho real; basta que la mujer tenga un alojamiento asegurado y este alojamiento tal como lo tenía cuando vivía su marido, aunque no pueda sobrepasar su fortuna actual. Esto viene en apoyo de lo que acabamos de decir: el derecho tiene un carácter de humanidad y la humanidad no es mezquina.

443. ¿A cargo de quién está la habitación de la mujer? ¿Es la comunidad ó los herederos del marido los que la deben soportar? Hay alguna incertidumbre acerca de este punto en la doctrina. Creemos que la masa común es la que debe pagar la renta de la casa que habita la mujer. Hay un caso en el cual la misma ley lo dice: cuando los esposos ocupaban una casa arrendada cuando la disolución de la comunidad, la mujer continúa habitándola sin contribuir á la renta, la cual, dice el art. 1,465, se pagará de la masa. Si la casa pertenecía á la comunidad, el resultado es el mismo; la mujer tiene derecho de habitarla sin tener que pagar ninguna renta; el cargo pesa, pues, en la masa. Queda el caso en el cual la casa ocupada por los esposos, y después de la muerte del marido por la mujer, pertenece á los herederos del marido; la mujer no debe pagar ninguna renta, dice el art. 1,465; ¿quiere decir que los herederos del marido estén obligados á soportar este cargo? La ley no lo dice, y se-

1 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 281, núm. 122 *bis* III.

ría contrario á los principios el decirlo así. En efecto, la habitación hace parte del crédito alimenticio de la mujer; y los alimentos se toman de la masa común; lo mismo pasa con la renta en dos casos; ¿porqué no había de ser lo mismo en el tercero? Sería una verdadera anomalía que no tendría ninguna razón de ser. (1)

444. Hay una hipótesis que no prevee la ley: de ahí nuevas incertidumbres. El arrendamiento de la casa ocupada por los esposos, y después por la viuda, llega á terminar. Se pregunta si la mujer tiene derecho á una indemnización por el alojamiento. No entendemos por qué esta cuestión esté controvertida. (2) ¿Puede depender de una casualidad que la mujer tenga ó no derecho á la habitación? El primer inciso del art. 1,465 ministra un motivo de analogía que basta para decidir la cuestión: cuando no hay provisiones existentes la mujer está autorizada á pedirlas por vía de préstamo por cuenta de la masa. Si la masa debe, en cualquiera hipótesis, ministrarle alimentos, ¿por qué no había de facitarle la habitación? Hay igual razón para decidir; ó mejor dicho, esta es una sola y misma obligación. Creemos inútil insistir. Queda por saber á cargo de quién será esto. En nuestra opinión, la cuestión está decidida de antemano: el crédito alimenticio es una deuda de la comunidad, luego ella es la que debe pagarla; la mujer contribuirá si acepta, y no contribuirá si renuncia.

SECCION VII.—Liquidación de la comunidad.

Artículo 1.° De las compensaciones.

445. Las palabras *recompensas* ó *compensaciones* es una expresión peculiar á la comunidad, son sinónimas de *indemnización*; la ley emplea algunos veces las dos palabras juntas, de manera que una sirve para explicar la otra (arts. 1,403–1,406). Hemos encontrado muchos casos en los cuales se debe recompensa á la comunidad ó por la comunidad. Así, según el art. 1,403, la comunidad no tiene derecho de abrir una mina durante el matrimonio en un fundo de uno de los esposos; si el esposo abre la mina los productos le pertenecen; y si de hecho se entregan en la comunidad, ésta debe compensación ó indemnización al esposo propietario del fundo; le debe, por este punto, una compensación pecuniaria. El art. 1,406 decide que el inmueble cedido por un ascendiente á uno de los esposos, con cargo de pagar las deudas del donante á sus acreedores, le queda propio, á reserva de *recompensa* ó *indemnización*; es decir, que si la comuidad paga estas deudas, lo hace por cuenta del esposo deudor; tiene derecho á ser indemnizada por este punto.

1 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 280, núm. 122 *bis* II. En sentido contrario, Trolong, t. II, pág. 30, núm. 1598, que es inútil combatir porque arguye fuera de todo principio.

2 Véanse los autores citados por Aubry y Rau, t. V, pág. 423, nota 41, párrafo 517.

446. La comunidad puede, pues, deber recompensa á los esposos, y éstos pueden deber compensaciones á la comunidad. Pothier explica muy bien que estas compensaciones respectivas deben ser liquidadas antes que se pueda proceder á la partición cuando la mujer acepta. Si los esposos tienen derecho á compensaciones son acreedores de la comunidad; este crédito deberá tomarse de la masa antes que pueda procederse á la partición, puesto que disminuye la masa repartible. Por contra, si uno de los esposos es deudor de una compensación, es menester que la entregue á la masa antes que se pueda proceder á la partición, puesto que dicha compensación aumenta la masa por dividir.

Si la mujer renuncia á la comunidad es inútil liquidar los créditos del marido contra la comunidad ni las indemnizaciones de que es deudor, pues por efecto de la renuncia ya no hay comunidad, no hay ya masa que dividir, todos los bienes se vuelven propiedad del marido; por consiguiente, la confusión se hace en su persona por lo que debe á la

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

ría contrario á los principios el decirlo así. En efecto, la habitación hace parte del crédito alimenticio de la mujer; y los alimentos se toman de la masa común; lo mismo pasa con la renta en dos casos; ¿porqué no había de ser lo mismo en el tercero? Sería una verdadera anomalía que no tendría ninguna razón de ser. (1)

444. Hay una hipótesis que no prevee la ley: de ahí nuevas incertidumbres. El arrendamiento de la casa ocupada por los esposos, y después por la viuda, llega á terminar. Se pregunta si la mujer tiene derecho á una indemnización por el alojamiento. No entendemos por qué esta cuestión esté controvertida. (2) ¿Puede depender de una casualidad que la mujer tenga ó no derecho á la habitación? El primer inciso del art. 1,465 ministra un motivo de analogía que basta para decidir la cuestión: cuando no hay provisiones existentes la mujer está autorizada á pedirlas por vía de préstamo por cuenta de la masa. Si la masa debe, en cualquiera hipótesis, ministrarle alimentos, ¿por qué no había de facitarle la habitación? Hay igual razón para decidir; ó mejor dicho, esta es una sola y misma obligación. Creemos inútil insistir. Queda por saber á cargo de quién será esto. En nuestra opinión, la cuestión está decidida de antemano: el crédito alimenticio es una deuda de la comunidad, luego ella es la que debe pagarla; la mujer contribuirá si acepta, y no contribuirá si renuncia.

SECCION VII.—Liquidación de la comunidad.

Artículo 1.° De las compensaciones.

445. Las palabras *recompensas* ó *compensaciones* es una expresión peculiar á la comunidad, son sinónimas de *indemnización*; la ley emplea algunos veces las dos palabras juntas, de manera que una sirve para explicar la otra (arts. 1,403–1,406). Hemos encontrado muchos casos en los cuales se debe recompensa á la comunidad ó por la comunidad. Así, según el art. 1,403, la comunidad no tiene derecho de abrir una mina durante el matrimonio en un fundo de uno de los esposos; si el esposo abre la mina los productos le pertenecen; y si de hecho se entregan en la comunidad, ésta debe compensación ó indemnización al esposo propietario del fundo; le debe, por este punto, una compensación pecuniaria. El art. 1,406 decide que el inmueble cedido por un ascendiente á uno de los esposos, con cargo de pagar las deudas del donante á sus acreedores, le queda propio, á reserva de *recompensa* ó *indemnización*; es decir, que si la comuidad paga estas deudas, lo hace por cuenta del esposo deudor; tiene derecho á ser indemnizada por este punto.

1 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 280, núm. 122 *bis* II. En sentido contrario, Trolong, t. II, pág. 30, núm. 1598, que es inútil combatir porque arguye fuera de todo principio.

2 Véanse los autores citados por Aubry y Rau, t. V, pág. 423, nota 41, párrafo 517.

446. La comunidad puede, pues, deber recompensa á los esposos, y éstos pueden deber compensaciones á la comunidad. Pothier explica muy bien que estas compensaciones respectivas deben ser liquidadas antes que se pueda proceder á la partición cuando la mujer acepta. Si los esposos tienen derecho á compensaciones son acreedores de la comunidad; este crédito deberá tomarse de la masa antes que pueda procederse á la partición, puesto que disminuye la masa repartible. Por contra, si uno de los esposos es deudor de una compensación, es menester que la entregue á la masa antes que se pueda proceder á la partición, puesto que dicha compensación aumenta la masa por dividir.

Si la mujer renuncia á la comunidad es inútil liquidar los créditos del marido contra la comunidad ni las indemnizaciones de que es deudor, pues por efecto de la renuncia ya no hay comunidad, no hay ya masa que dividir, todos los bienes se vuelven propiedad del marido; por consiguiente, la confusión se hace en su persona por lo que debe á la

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

comunidad y lo que la comunidad le debe. Pero siempre es necesario, en caso de renuncia, liquidar las compensaciones de la mujer contra la comunidad, pues tiene acción por este punto, contra el marido ó sus herederos. Y es menester igualmente liquidar las indemnizaciones que ella debe á la comunidad, pues queda obligada á ello para con su marido. (1)

447. Supongamos por el momento que la mujer acepte. Debe constituir, en este caso, la masa divisible y, por consiguiente, liquidar las respectivas compensaciones de la comunidad y de los esposos. Se llama esta operación *liquidación*, porque deja conocer claramente de un modo líquido (*quod liquet*) cuáles son los valores que deben dividirse. Cuando las compensaciones quedan establecidas se agrega á los bienes existentes lo que los esposos deben á la masa y se deduce de ello lo que la comunidad debe á los esposos: lo excedente forma la masa divisible. Antes de decir cómo se hacen los entregos y las prelaciones á que dan lugar las recompensas, debe verse en qué casos los esposos y la comunidad deben compensaciones y cuál es su monto.

§ I.—De las compensaciones debidas por la comunidad a los esposos.

¿Cuándo debe la comunidad compensación á los esposos.

I. Principio.

448. El art. 1,433 enumera dos casos en los cuales la comunidad debe recompensa á los esposos y fija el monto de la compensación. Pero la ley no sienta ningún principio. Para entender esta singular redacción hay que remontarse á los orígenes del derecho de compensación. Este es un principio tradicional, pero que ha cambiado de naturaleza. Co-

1 Pothier, *De la comunidad*, núm. 582.

sa singular, en nuestras primitivas costumbres no había lugar á compensación en provecho de los esposos cuando uno de sus propios era enajenado y el precio había sido entregado á la comunidad. Para que el esposo propietario tuviese derecho á una compensación, era necesario que el contrato de matrimonio estipulase que los cónyuges tendrían reemplazo por el precio de sus propios enajenados; á falta de reemplazo podían exigir el precio entregado á la comunidad; cuando no había cláusula de reemplazo el esposo no podía ejercer ninguna devolución. Es difícil darse cuenta de estos usos antiguos; sólo se daba valor á los inmuebles; cuando éstos se convertían en valores muebles, la comunidad los aprovechaba. Sin embargo, resultaba un inconveniente; esto era una vía abierta para que los cónyuges se aventajasen, y las liberalidades entre esposos estaban generalmente prohibidas en nuestro derecho antiguo. Para impedir estas ventajas indirectas, la nueva costumbre de París concedió la devolución del precio aunque no hubiera ninguna convención. Como la venta de un propio era el medio usual para aventajarse, la costumbre se limitó á preveer el caso de enajenación; el art. 232 decía así: «Si durante el matrimonio se vende alguna heredad ó renta de uno de los cónyuges, el precio de la venta se vuelve á tomar de los bienes de la comunidad en provecho de aquel á quien pertenecía la heredad, aunque al vender no se hubiese convenido hacer reemplazo y ninguna declaración haya sido hecha acerca de ello.» Esta disposición se extendió por el uso y la autoridad de la costumbre de París á todas las costumbres y formó un derecho común. Pothier dice que está sencillamente fundada en este principio: que no se permite á uno de los cónyuges aventajar al otro á sus expensas durante el matrimonio. Sin embargo, el principio de las compensaciones fué admitido aun por las costumbres que permitían á los esposos aventajarse. Pothier da como razón

de esto que habría inconvenientes en considerar como liberalidad indirecta la ventaja que resulta de la enajenación de un propio sin reemplazo, cuando nada probaba que la intención del esposo vendedor fuera el de aventajar á su cónyuge. (1) El Código Civil autoriza también las donaciones entre esposos declarándolas revocables. Si consagró el principio de las compensaciones, no fué por razón de las ventajas indirectas que uno de los esposos podía hacer para con el otro; la recompensa está fundada ante todo en una consideración de equidad. Los inmuebles no entran en la comunidad, ¿por qué habrán de entrar en ella al enajenarlos? Puesto que el inmueble era propio del esposo que lo vendió, el precio debe también serle propio, si no la enajenación de los inmuebles conduciría á un cambio en las convenciones matrimoniales; un valor que debía permanecer propio se volvería un valor común.

449. El origen del principio de las compensaciones explica la redacción del art. 1,433; reproduce el art. 232 de la costumbre de París, agregando á la enajenación la recompra debida por el propio. Es seguro que esta enumeración no es restrictiva, el texto del Código lo prueba. Hemos recordado el art. 1,403 que da al esposo una compensación contra la comunidad cuando se abre una mina en su fundo durante el matrimonio y cuando los productos entran en la masa común; este caso no está recordado en el art. 1,433, lo que prueba que la ley sólo da ejemplos. Pothier sentaba el principio en términos generales; después de haber dicho que cada cónyuge es acreedor de la comunidad por el precio de sus propios enajenados durante el matrimonio, agrega: «Se puede también establecer como principio general que cada uno de los cónyuges, cuando la disolución del matrimonio, es acreedor por todo lo que enriqueció á la comunidad á sus expensas.» El art. 1,437 reprodujo esta fór-

1 Pothier, *De la comunidad*, núm. 585.

mula general de las recompensas para las indemnizaciones que los esposos deben á la comunidad; hay identidad de razón para las indemnizaciones que la comunidad debe á los esposos. (1)

450. El art. 1,433 aplica el principio á la enajenación de un propio: «Si se vende un inmueble perteneciente á uno de los esposos y el precio se entrega á la comunidad sin reemplazo, hay lugar á la devolución de este precio tomado de la comunidad en provecho del esposo que era propietario del inmueble vendido.» La ley supone que el precio fué entregado á la comunidad; es bajo esta condición como hay lugar á la compensación; volveremos á este punto. Cuando el dinero se entrega á la comunidad, ésta se hace propietaria de él en virtud del principio del usufructo de las cosas consumibles, pero se vuelve propietaria á reserva de restitución; la comunidad es usufructuaria; adquiere, pues, la propiedad del precio, pero con cargo de compensación. Ya hemos dado la razón de esto. Se dice ordinariamente que la comunidad debe compensación, si no se enriquecería á expensas del esposo vendedor; esto es verdad, pero equivale á decir que el cónyuge del vendedor estaría aventajado con la mitad del precio. (2) Esta es la teoría antigua de las compensaciones; no es ya aplicable al derecho moderno, puesto que los esposos pueden hacerse liberalidades. Más vale decir que la comunidad debe una indemnización al esposo por razón de haber percibido un valor que debe quedarle propio, puesto que reemplaza un propio.

451. La donación en pago está asimilada á una venta; produce, en general, los mismos efectos. En lo que se refiere al derecho á una compensación, esto es seguro. Pothier lo hace notar. Cuando uno de los cónyuges da su herencia

1 Aubry y Rau, t. V, pág. 352, nota 3, pfo. 511. Rodière y Pont, t. II, página 220, núm. 933. Colmet de Santerre, t. VI, pág. 185, núm. 78 *bis* II.
2 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 184, núm. 178 *bis* I.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

propia en pago de una deuda de la comunidad, es acreedor á la devolución del monto de la deuda, pues la comunidad queda liberada; sucede, pues, como si un tercero hubiera pagado la deuda á que estaba obligada ella: la comunidad debe, pues, indemnizarle sus anticipos. (1) Se supone, naturalmente, que se trata de una deuda que la comunidad debía soportar sin compensación; si tuviera derecho á recompensa contra el esposo cuyo inmueble sirvió para saldar su deuda, éste no tendría derecho ya á una compensación, puesto que pagó su propia deuda; aunque la comunidad estuviera obligada á pagarla, está deuda no está á su cargo, es la deuda del esposo.

452. El art. 1,433 dice: «Si uno se ha redimido en dinero de una servidumbre debida á herencias propias de uno de los cónyuges y el precio ha sido entregado á la comunidad, hay lugar á indemnización de este precio en provecho del esposo que era propietario de las servidumbres recompradas.» El caso es idéntico al de la venta, pues la servidumbre que se debía á la herencia del esposo hacía parte de ella; el esposo que consiente en la recompra enajena, pues, una parte de su fundo, y la enajenación parcial da lugar á recompensa tanto como la enajenación total.

453. El art. 1,433 exige una condición para que el esposo tenga derecho á una compensación. Es menester desde luego que no haya habido reemplazo; esto se entiende, puesto que en caso de reemplazo el esposo está indemnizado por el inmueble subrogado al propio enajenado. La condición esencial requerida para que se deba compensación al esposo es que el precio haya sido *entregado á la comunidad*. ¿Qué debe entenderse por esto? Pothier se expresa en otros términos que explican los de que se sirve el Código: «El esposo vendedor tiene *devolución*, cuando la disolución de la comunidad, por todo lo que *ha entrado en la comunidad*, por la enajenación de este propio.» No es, pues, necesario que el precio haya sido materialmente entregado á la comunidad; desde que el precio le haya llegado, es decir, cuando fué puesto á su disposición, fué empleado por ella, el esposo tiene derecho á una recompensa. (1)

1 Pothier, *De la comunidad*, núm. 594. Aubry y Rau, t. V, pág. 353, párrafo 511.

454. De esto resulta que si el adquirente no paga su precio el esposo no tiene derecho á una recompensa contra la comunidad; ésta nada percibió y nada tiene que devolver. El esposo vendedor tiene acción contra el comprador; esta acción no cae en la comunidad, pues la acción por pago del precio pertenece al vendedor y la comunidad no vende; si recibe el precio y adquiere su propiedad, esto es como usufructuaria. Mientras el precio no está pagado el crédito queda propio del esposo, la comunidad no tiene en él ningún derecho; por tanto, no puede estar obligada de ningún modo. Esto no tiene ninguna duda; la doctrina y la jurisprudencia están acordes. (2)

Hay una leve dificultad en lo que se refiere á la enajenación de un propio de la mujer. El comprador no paga y se vuelve insolvente; si el derecho de la mujer perece por la negligencia del marido, tiene derecho á daños y perjuicios; esto no es dudoso, pero ¿constituye este derecho una verdadera compensación? Es seguro que el art. 1,433 no es aplicable, pues el derecho al precio ha quedado propio de la mujer, nada percibió la comunidad, luego no está obligada á compensación. Esto será una acción ordinaria por daños y perjuicios contra el marido que caerá en el pasivo de la comunidad, como todas las deudas del marido, pero que permanece sometida á los principios especiales que rigen las compensaciones. (3)

1 Pothier, *De la comunidad*, núm. 585.
2 Nancy, 7 de Febrero de 1840 [Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 656]. Rodière y Pont, t. II, pág. 223, núm. 938.
3 En sentido contrario, Rodière y Pont, t. II, pág. 223, núm. 938.

455. El marido delega á sus acreedores el precio procedente de la enajenación de un propio de la mujer. ¿Tiene ésta derecho á recompensa? Si se atuviera uno á la letra de la ley, habría que decir que la comunidad no debe compensación porque nada percibió la masa común. Pero esto sería interpretar mal la ley y contrariamente á la tradición que el Código ha consagrado. El precio fué entregado á la comunidad cuando le llega, como dice Pothier; y el precio le aprovechó seguramente cuando el marido, señor y dueño, lo emplea en pagar su deuda, que lo es también de la comunidad. Nada importa que el precio haya sido delegado en lugar de entregado á la comunidad y después dado al acreedor. El resultado es el mismo. (1)

456. Otra es la cuestión de saber si es necesario que el precio entregado á la comunidad le haya aprovechado. La ley no exige esto; basta, según la intepretación de Pothier, que el precio haya llegado á la comunidad; el marido se hace propietario, lo usa como quiere, puesto que es señor y dueño; desde que el precio fué recibido por la comunidad la mujer debe tener recompensa. Tal fuera el caso en el cual el marido hubiera hecho donativo manual del dinero entregado á la comunidad; es decir, en sus manos. La Corte de Angérs lo sentencio así en un caso en el cual el marido había entregado á título de donativo, á un hijo natural, el dinero procedente de la venta. Se objetaba que esta entrega había tenido lugar en el estudio del notario inmediatamente después que los fondos habían sido contados, para inducir de esto que el precio no había sido entregado á la comunidad; ¿qué importa? dijo la Corte, el dinero está entregado á la comunidad desde que su jefe, el marido, los recibe ó dispone de ellos; y dispone al darlos, pues tiene derecho para ello (art. 1,422). La ley no se preocupa del empleo que hace del precio el marido, no exige que este empleo sea provechoso, sólo pide una cosa: es que el precio haya llegado á la comunidad. (1)

1 Durantón, t. XIV, págs. 492 y siguientes, núm. 358, que combate la opinión contraria de Delvincourt, la que ha quedado aislada.

La Corte de Casación ha consagrado esta doctrina en un caso que pudiera parecer dudoso. Ambos esposos habían adquirido conjuntamente un inmueble y el precio había sido pagado con el dinero procedente de la enajenación de un propio. Parecióle al primer juez que la mujer no podía reclamar su precio á título de compensación contra la comunidad, cuando había consentido en hacer un reemplazo. Ahí estaba el error: no había reemplazo, puesto que la condición requerida por la ley no había sido observada. Y á falta de reemplazo la mujer tiene derecho á compensación desde que el precio de su propio ha sido entregado á la comunidad; el art. 1,430 es terminante. La sentencia de la Corte de Pau fué casada. (2)

457. El esposo que reclama una recompensa por el precio de su propio enajenado, ¿debe probar que el precio fué entregado á la comunidad? En nuestro concepto, la afirmativa no es dudosa; esta es la aplicación de los principios elementales que rigen á la prueba. El demandante debe probar el fundamento de su demanda; ¿y en qué se funda, en el caso, la demanda del esposo? En que el precio de su propio fué entregado á la comunidad; debe, pues, probar este hecho. No basta que el esposo establezca el hecho de la venta; puede haberla sin que el precio llegue á la comunidad; la venta no es la causa del derecho del esposo á una indemnización, sólo es la ocasión; la verdadera causa es que el precio fué entregado á la comunidad; es, pues, este hecho lo que el demandante debe probar.

Esto está generalmente admitido cuando el marido es quien

1 Angérs, 7 de Marzo de 1845 (Dalloz, 1855, 2, 59). Rodière y Pont, t. II, pág. 222. núm. 937.
2 Casación, 30 de Marzo de 1869 (Dalloz, 1869, 1, 236).

reclama una recompensa por el precio de su inmueble. La Corte de Casación lo sentenció así. El primer juez había pensado que el solo hecho de la venta durante el matrimonio implicaba la presunción de que el precio había sido entregado á la comunidad; concluía de esto que nada tenía que probar el marido, á reserva que el demandado estableciera que el precio no había sido entregado á la masa. Esta pretendida presunción es una de las mil presunciones que los intérpretes imaginan, olvidándose que sólo el legislador tiene derecho de crear presunciones que equivalen á la prueba, y que una presunción legal tiene que ser establecida por una ley especial que la ligue á ciertos hechos. La decisión de la Corte de Bourges fué casada; la sentencia de la Suprema Corte es notable, confirma plenamente la doctrina que hemos tantas veces reproducido. La Corte se ve obligada á recordar los más elementales principios; es el esposo demandante quien debe probar su demanda; es decir, que debe probar que el precio fué entregado á la comunidad; á falta de esta prueba su demanda tiene que ser desechada (art. 1,315). Se hacía una singular objeción que denota la ignorancia de los más sencillos elementos del derecho: el demandado, decíase, oponía una excepción á la demanda, puesto que sostenía que el precio no había sido entregado á la masa, lo que le obligaba á dar la prueba. Nó, dijo la Corte de Casación, el demandado niega sólo que el precio haya sido entregado; y negar no es oponer una excepción; el demandado está en su derecho negando, sólo es cuando el demandante ha probado el fundameuto de su demanda cuando el demandado debe probar el fundamento de la excepción que opone. La Corte de Bourges había, pues, violado los arts. 1,315 y 1,433. (1)

1 Casación, 13 de Agosto de 1832 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 1502). Compárese Denegada de la Corte de Casación de Bélgica, 10 de Junio de 1869 (*Pasicrisia*, 1869, 1, 406). Esta sentencia no es contraria á la de la Corte de Casación de Francia: decide que el solo hecho de haber recibido el marido el dinero implica la prueba de que fué entregada á la comunidad. Estaba probado, en el caso, que el marido había recibido el precio de la venta y que no se había hecho reemplazo. Esta prueba era suficiente, mientras que, en el caso juzgado por la Corte de Casación de Francia, el solo hecho de la venta estaba probado; la sentencia atacada sacaba de ello una *presunción* legal que dispensaba de la prueba al demandante. Hay una sentencia, en el mismo sentido, de la Corte de Casación de Francia. Denegada, 9 de Abril de 1872 (Dalloz, 1873, 1, 28). El sentensista la interpretó mal y la formuló también mal.

¿Deben aplicarse los mismos principios al caso en que la mujer reclama una compensación por el precio de su inmueble enajenado? En derecho no hay ninguna razón para hacer una diferencia entre la mujer demandante y el marido demandante. ¿Acaso no está sometida la mujer á la regla del art. 1,315? Y si está sometida á dicho artículo, ¿con qué derecho se la dispensaría de la obligación que le incumbe de probar el fundamento de su demanda? Sin embargo, así se hace. Los auteres enseñan que el marido es administrador de los bienes personales de la mujer; concluyen que se le *presume* haber recibido el pago del precio si éste era exigible, y, por consiguiente, dicen que el marido demandado debe probar que el precio fué recibido por la mujer ó que el adquirente lo debe aún. (1) No titubeamos en decir que hay error y confusión en la opinión general. Se admite una presunción que no establece ninguna ley: esto es violar el artículo 1,351. Hé aquí el error; no se puede contestar, puesto que los principios son incontestables. Decimos que hay confusión. Pagar al marido es pagar á la comunidad, dice Troplong. Nó; el marido no recibe como jefe de la comunidad, recibe como administrador de los bienes de la mujer, y lo que recibe como tal no entra necesariamente en la comunidad; luego se acumulan presunciones que la ley ignora, y se confunde lo que el marido hace como administrador de los bienes de la mujer y lo que hace como señor y dueño de la comunidad. Que no se nos objeten las probabilidades; por fuertes que sean éstas, sólo se vuelven presuncio-

1 Marcadé, t. V, pág. 533, núm. II del art. 1433. Rodière y Pont, t. II, pág. 224, núm 939. Troplong, t. I, pág. 330, núm. 1096. Hay una sentencia de la Corte de Bruselas, en el mismo sentido, de 8 de Junio de 1855 (*Pasicrisia*, 1856, 2, 57).

nes por el poder de la ley; el intérprete no puede dar á las probabilidades la fuerza de una presunción legal.

458. ¿Cuál es el monto de la recompensa á la que tiene derecho el esposo? El Código no lo dice terminantemente, pero el principio resulta del texto del art. 1,433. En los dos casos previstos por la ley se trata de un precio que procede, sea de la venta de un propio, sea de la liberación de una servidumbre; este precio se entrega á la comunidad; este precio es, dice el art. 1,433, el que el esposo recobra de la masa común. Así el monto de la compensación consiste en la suma que fué entregada á la comunidad ó, como dice Pothier, que le ha llegado. Poco importa que la comunidad lo haya aprovechado; siempre lo aprovecha en este sentido: que se hace propietaria del dinero que recibe; en cuanto al empleo de este dinero es extraño á la cuestión de las recompensas (núm. 456). No hay, pues, que considerar el valor del inmueble ó de las servidumbres; puede ser inferior ó superior al precio, el vendedor es quien aprovecha ó sufre perjuicio, esto nada tiene que ver con la comunidad, ésta queda obligada por razón del dinero que recibe y que debe devolver.

El art. 1,433 sólo contiene ejemplos; es decir, aplicaciones de un principio; el mismo principio se aplica á todas las compensaciones que la comunidad debe á los esposos. Debe, pues, formularse en términos generales: el monto de la compensación está determinado por el monto de las sumas entregadas á la comunidad. Esta es la decisión del texto; está en harmonía con el espíritu de la ley. ¿Por qué tiene el esposo derecho á una recompensa? Porque un valor que le es propio ha sido entregado á la comunidad; tiene derecha á *volverlo á tomar*. En la doctrina tradicional se dice que la comunidad debe recompensa por lo que se ha enriquecido.

Esta es la misma idea siempre que se entienda por la palabra *enriquecer* que la comunidad haya sacado un *provecho* de la suma recibida. (1)

459. El art. 1,433 aplica el principio á la venta de un propio; dice que el esposo toma de la comunidad el precio que fué entregado á ésta. La costumbre de París decía en términos aun más claros: *El precio de la venta se vuelve á tomar*. Esta es en el fondo la misma idea, pues las palabras *devoluciones* y *prelación del precio* constituyen una *devolución* que los esposos ejercen antes de la partición. Es, pues, el *precio de la venta* lo que el esposo vendedor *vuelve á tomar*. Pothier da el comentario de este texto. Si el propio fué estimado en el contrato de matrimonio ¿tendrá el esposo derecho al precio del avalúo? Nó, pues la estimación se refiere al valor del inmueble cuando el matrimonio; y el esposo no recobra el valor, vuelve á tomar el *precio* de la venta, porque esto fué lo que recibió la comunidad y no el *valor*. Por la misma razón el esposo no recobra el *valor* que toma el inmueble cuando la enajenación, pues no es el valor lo que se entrega á la comunidad, es el precio que le fué entregado, y el esposo no puede *volver á tomar* sino aquello que la comunidad ha recibido. (2)

460. El art. 1,433 dice que el esposo toma el precio que fué entregado á la comunidad; es decir, el precio real y no el simulado que puede haber sido declarado en el acta por las partes contratantes, pues el precio real es el que recibe la comunidad y no el ficticio. La Corte de Casación se ha pronunciado en este sentido y esto no es dudoso. En el caso el primer juez, fijándose en el sentido vulgar de la palabra *precio*, había decidido que la recompensa sólo podía hacerse tomando por base á la venta; luego, decía la Corte de Lyón, es el acta de venta quien decide. El art. 1,436, invocado por la sentencia, no dice lo que se le hace decir: "La re-

1 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 185, núm. 78 *bis* III.
2 Pothier, *De la comunidad*, núm. 586.

compensa se hace con base de la venta, cualquiera que sea la alegación que se haga tocante al valor del inmueble enajenado." No se dice en términos absolutos que la devolución se haga con base de la venta; la ley compara el precio dicho en el contrato, con el valor del inmueble; dice, pues, en estos términos, que el esposo vuelve á tomar, no el valor sino el precio; no se trata del precio real comparado con el ficticio que las partes han declarado en el contrato. ¿Qué es lo *vuelve á tomar* el esposo? Lo que recibió la comunidad; luego el precio real que le fué entregado. La interpretación de la Corte de Lyón abriría la puerta al fraude; mejor dicho, facilitaría y consagraría el fraude. Un inmueble de la mujer se vende en 30,000 francos; el marido dice en el acta que fué vendido en 20,000; hay fraude al fisco y fraude á los derechos de la mujer si la devolución tiene lugar conforme al precio declarado; 30,000 francos habrán sido entregados á la comunidad y la mujer sólo volverá á tomar 20,000. La compensación está fundada en una consideración de equidad y de justicia; la comunidad no debe enriquecerse á expensas de los esposos; y se enriquecería con 10,000 francos si, habiendo recibido 30,000, sólo devolviera 20,000. (1)

461. El precio simulado da lugar á una dificultad de prueba. Se pregunta si el esposo vendedor es admitido á probar cuál fué el verdadero precio y si puede dar esta prueba por testigos. Creemos que el esposo debe admitirse á probar por testigos cuál precio fué entregado á la comunidad. Hay un caso en el que la cuestión no es dudosa. El marido vende un propio por 20,000 francos; el acta dice que la venta fué por 30,000; la declaración se hizo en fraude de los derechos de la mujer; si la devolución se hiciera con fundamento del acta, el marido volvería 30,000 francos mientras sólo entregó 20,000; la comunidad perdería, pues, 10,000

1 Casación, 14 de Febrero de 1843 [Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 3354]. Rodière y Pont, t. II, pág. 224, núm. 941 y todos los autores.

francos, lo que constituye una pérdida de 5,000 francos para la mujer. ¿Puede ésta probar por testigos el hecho de la simulación y del fraude? La afirmativa es segura. Es de principio que los terceros se admiten á probar por testigos y por simples presunciones el fraude cometido en su perjuicio (arts. 1,348 y 1,353); y la mujer es un tercero; luego puede probar por testigos que el precio no es de 30,000 francos sino de 20,000. Transladamos al título *De las Obligaciones* por lo que se refiere al principio.

Si es una de las partes contratantes la que pide probar que el precio citado en el contrato fué simulado, la cuestión se hace más difícil y dudosa. Se trata de saber si se deben aplicar al caso los principios que rigen la prueba testimonial. Según el art. 1,341, no se recibe ninguna prueba por testigos contra y además de lo cont nido en una acta. Si debe aplicarse esta regla no se podrá admitir la prueba testimonial cuando el esposo vendedor pide probar que el precio declarado por él en el acta fué simulado: en efecto, esto sería probar contra el acta, y el art. 1,341 prohibe esta prueba por testigos. La Corte de Casación se pronunció por la admisión de la prueba testimonial. En el caso se trataba de la venta de un propio de la mujer hecho por ambos esposos; los herederos de la mujer solicitaban probar por testigos que el precio declarado en el acta era simulado. Se les oponía el art. 1,341; la mujer, siendo parte en el acta, no podía probar con testigo contra la misma acta. La Corte de Casación contesta que la regla del art. 1,341 recibe una excepcin en los casos previstos por el art. 1,348, especialmente cuando hay cuasidelito; y la simulación alegada por los demandantes era fraudulenta, luego constituía un cuasidelito por parte del marido para con la mujer; la Corte concluyó de esto que el fraude pudo ser probado por testigos. Sin duda el fraude y el dolo pueden probarse por testigos y por presun-

ciones pero, ¿podía invocar la mujer este principio cuando había tenido participación en la simulación que probablemente había tenido por objeto defraudar al fisco? Esto es muy dudoso. Si la ley admite la prueba del fraude por testigos, es porque es imposible para aquel que alega procurarse una prueba literal; y estando de acuerdo ambos esposos para simular el verdadero precio ¿quién les impidió hacer una contraletra? El art. 1,348 no sería aplicable sino en el caso en el cual el marido hubiera practicado maniobras fraudulentas para decidir á su mujer á declarar un precio simulado y con el objeto de hacer un fraude á su derecho de compensación; en esta hipótesis habría imposibilidad moral para que la mujer se procurase una prueba literal de fraude cometido en su perjuicio y, por consiguiente, la prueba testimonial sería indefinidamente admisible. La Corte de Casación da otro motivo; aunque, dice, la mujer hubiese participado conscientemente de la simulación del precio, este hecho no podría serle opuesto porque es el resultado de la influencia marital. ¿No es esto establecer en fraude de la mujer una presunción que la ley ignora? Según el artículo 1,348 debiera probar que se encontró en la imposibilidad de procurarse una prueba literal de la simulación á la cual ella misma concurrió. La Corte la dispensa de esta prueba diciendo que su concurso es el resultado obligado de la influencia marital. (1) Sólo el legislador puede dispensar al demandante de la prueba que le incumbe estableciendo una presunción en su favor, y en ninguna parte establece la ley la presunción de que la mujer no está libre aunque figure en una acta con su marido.

La Corte de Douai ha formulado con precisión la doctrina que combatimos. Distingue, en lo que se refiere á la prueba de la simulación, entre el marido y la mujer. Al marido se le aplica el art. 1,341; el acta hace fe para con él por el precio que lleva, porque él es dueño de la redacción del instrumento y, por consiguiente, no puede admitírsele á probar contra su contenido. No pasa así con la mujer; sólo estipula en el contrato bajo la influencia de la autoridad marital; *su consentimiento no es suficientemente voluntario y libre para ser obligatorio por su parte* cuando sus derechos se hallan comprometidos por una falsa enunciación. Esta es seguramente la presunción por la cual la mujer está dispensada de la prueba que debiera dar según el art. 1,348. (1) No creemos que el juez pueda fundarse en lo que ordinariamente sucede para inducir que la mujer no está libre; sólo el legislador tiene este derecho. Nuestra conclusión es que la prueba por testigos de la simulación del verdadero precio no puede hacerse si se admite que la cuestión se decide según los principios de los arts. 1,341-1,348.

462. Hay otra opinión que aparta el art. 1,341, como no siendo aplicable á la cuestión que discutimos. Al decir que la prueba por testigo no se admite contra el acta, el artículo 1,341 se ocupa de las relaciones de las partes contratantes entre sí, los derechos y las obligaciones que constan en el acta; una de ellas no se admite á probar que estos derechos no son tales como el acta los formula; cuando menos no puede dar esta prueba por testigos porque la letra vale más que testigos. Y cuando el marido ó la mujer solicitan probar que el verdadero precio fué disimulado en el acta, el debate no existe entre las partes contratantes, vendedor y comprador; el comprador está fuera de causa; se trata de saber cuál es el precio que fué entregado á la comunidad y del que ésta debe compensación. Esto es un orden de ideas enteramente distinto que es extraño á la máxima de que letra vale más que testigos. (2) La interpretación es ingeniosa,

1 Casación, 14 de Febrero de 1843 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 3354), y 30 de Diciembre de 1857 (Dalloz, 1858, 1, 37).

1 Douai, 28 de Abril de 1851 (Dalloz, 1852, 2, 290).
2 Aubry y Rau, t. V, pág. 353, nota 5, pfo. 511 (4.ª edición).

pero ¿no estará en oposición con los términos absolutos del art. 1,341? «No se recibe ninguna prueba por testigos contra y además de lo contenido en el acta.» Luego aquellos que figuran en ella deben tener cuidado de procurarse una prueba literal de la realidad de los hechos cuando la verdad está disimulada en el acta, si no se les puede oponer la regla del art. 1,341.

Intentaremos otra explicación que aparta igualmente la aplicación del art. 1,341. Es de principio que los hechos puros y simples se prueban indefinidamente por testigos. Y ¿cuál es, en el caso, el hecho del que el demandante por compensación pide dar prueba? Es el hecho de que una suma de dinero fué entregada á la comunidad por uno de los esposos. ¿Debía este hecho constar por escrito? Puede sostenerse que es un hecho material. El hecho jurídico, en el caso, es la venta; también lo es el reemplazo del precio; pero el hecho de la entrega de una suma en las arcas de la comunidad es un hecho puro y simple ó material, luego puede probarse por testigos. Esto no es ponerse en oposición con el art. 1,341. No se trata de saber cuál fué el precio de la venta, se trata de saber qué suma fué entregada á la comunidad. Supongamos que sólo una parte del precio haya sido entregado á la comunidad, ¿no se admitirá á la parte interesada á probar cuál es la suma precisa que fué entregada? La prueba por testigo sería seguramente admitida, es la única prueba posible de los hechos. El marido recibe el precio pagado por el comprador: hé aquí un hecho jurídico que debe ser probado según la regla del art. 1,341. Después de esto, el marido entrega todo ó solo una parte á la comunidad, hé aquí un hecho material. Se puede, pues, decir que la mujer está en la imposibilidad de procurarse una prueba literal de este hecho, pues no concurre en él. El mismo marido no podría hacer un escrito ni levantar acta del depósito que hace á sí mismo, pues este depósito no probaría que el precio haya llegado á la comunidad; sólo quedan la prueba por escrito y las presunciones.

Agregaremos que la admisión de la prueba testimonial es el único medio para garantizar los derechos de los esposos y, sobre todo, de la mujer. La ley le asegura un derecho de compensación, le concede aun privilegios para garantizar su devolución. ¿De qué le sirvieran estas garantías si tuviera que probar por escrito el hecho de la entrega? Las más veces sería imposible la prueba y el derecho de la mujer perecería por falta de prueba. Hay autores y sentencias que se han exclusivamente colocado en el terreno de las compensaciones. (1) En consecuencia, admiten tanto al marido como á la mujer á probar por testigos cuál fué la suma entregada á la comunidad. Se dice que ante todo hay que mantener la composición del fundo común y del patrimonio propio de los esposos en los términos de la ley; tal es el objeto de las compensaciones. Esto es verdad, pero queda la dificultad de la prueba y es bien grande. No es resolverla el apartarla dejándola pasar en silencio.

463. Los mismos principios se aplican á todos los casos en que hay lugar á una compensación en favor de los esposos. Si el inmueble propio de un esposo ha sido dado en pago de una deuda de la comunidad, ésta debe recompensa, pero ¿de qué suma? ¿Será por el valor del inmueble? Nó, se debe compensación de la suma que fué entregada á la comunidad; en el caso de donación en pago es el monto de la deuda lo que constituye el pago, luego es esta suma la que el esposo tiene derecho á recibir. Esto se funda también en la razón. La comunidad devuelve lo que ha recibido; y recibió la suma necesaria para pagar la deuda. De esto es de lo que se enriqueció, como se dice ordinariamente; está, pues, obligada por cuanto se enriqueció. (2)

1 Rodière y Pont, t. II. pág. 226, núm. 942. Besangón, 21 de Junio de 1845 (Dalloz, 1851, 5, 93).
2 Colmet de Santerre, t. VI. pág. 186, núm. 78 bis V.

464. El art. 1,433 prevee el caso de la recompra de una servidumbre debida á herencias propias de uno de los esposos. ¿Por qué se le debe compensación? Esta es la venta de una parte de la propiedad; se debe, pues, aplicar el principio de la venta; es decir, que el esposo tiene derecho de volver á abonar el precio que fué entregado á la comunidad.

Pothier prevee otra hipótesis que no es muy práctica, pero que pone el principio en relieve. Supone tres herencias contiguas; la primera, la del alto, es un propio; la de enmedio, pertenece á un vecino, y la baja es una ganancial. Hago con mi vecino una convención por la que relevo su herencia de una servidumbre que debía á mi propio; como precio de esta renuncia, el vecino franquea la ganancial de otra servidumbre que ésta debía á su heredad. Se me debe compensación, puesto que he enriquecido á la comunidad por el franqueo de un derecho de servidumbre que gravaba su fundo haciendo remesa de la servidumbre que se debía á mi propio. ¿Cuál será el monto de dicha compensación? Pothier contesta que será la suma que vale el franqueo de la servidumbre de que estaba cargada la ganancial; en efecto, la comunidad se enriqueció por esta suma; pero Pothier agrega esta reserva: «hasta concurrencia sólo de la suma que vale la servidumbre de que hice remesa; de manera que si ésta valía 1,000 francos mientras que la servidumbre que tenía la ganancial valía 1,200, la comunidad sólo debe una compensación de 1,000 francos. ¿Por qué no debe la comunidad una compensación de 1,200 francos de la que aprovecha? Es porque no debe compensación del beneficio que saca de la suma recibida, sólo la debe de la suma que le fué entregada; ¿y qué entregué á la comunidad? El valor de mi derecho, 1,000 francos; luego sólo puedo reclamar 1,000 francos.» (1)

1 Pothier, *De la comunidad*, núm. 607. Colmet de Santerre, t. VI, pág. 186, núm 78 bis V.

465. El art. 1,403 da derecho á una compensación al esposo en el fundo del que fué abierta una mina ó una cantera durante el matrimonio, si los productos han sido entregados á la comunidad. ¿Cuál será el monto de la compensación? Se supone que, deducidos los gastos de explotación y apertura, los productos llegan á 30,000 francos. ¿Es esta la suma que deberá compensar la comunidad? Sí, pero se dice que con la restricción de Pothier. Debe verse lo que el esposo propietario del fundo entrega á la comunidad; y sólo entrega la suma que representa la disminución de valor que sufre el fundo á consecuencia de la apertura y explotación de la mina. Supongamos que haya una disminución de valor de 25,000 francos, sólo habrá entregado á la comunidad dicha suma; por lo tanto, sólo tiene derecho á una compensación de 25,000 francos. Esta es la solución de Durantón; (1) nos deja una duda. El esposo tiene el derecho de volver á tomar lo que ha entregado; y realmente entregó 30,000 francos, luego vuelve á tomar esta suma. Hay una diferencia entre esta hipótesis y la de Pothier. Cuando renuncio á una servidumbre que vale 1,000 francos entrego realmente 1,000 francos á la comunidad; poco importa que mi renuncia produzca á la comunidad un gran provecho; la comunidad devuelve el valor que recibió y no el provecho que le resultó. En el caso del art. 1,403 la comunidad recibe, se supone, 30,000 francos, debe devolverlos; no es exacto decir que el esposo sólo se empobrece de 25,000 francos, se empobrece de lo que entrega, y entrega realmente 30,000 francos; y se debe al esposo lo que entrega á la comunidad.

Se debe también compensación al esposo en virtud del artículo 1,403 si se hizo un corte de madera en un bosque que le pertenecía, cuando según la regla este Corte hubiera debido hacerse más tarde. ¿Cuál será el monto de la compen-

1 Durantón, t. XIV, pág. 462, núm. 335.

sación? Un corte solo debió hacerse en 1877, fué hecho en 1870 y la comunidad se disolvió en 1875. Se debe una indemnización al esposo propietario por lo que produjo el corte, pero hecha deducción del valor de los dos años que tenía la madera el día de la disolución de la comunidad; esto es lo que realmente entregó el esposo en la comunidad. (1)

II. De los derechos vitalicios.

1. Venta de un propio por un derecho vitalicio.

466. ¿Se aplican los principios generales á la enajenación de un propio cuando el precio consiste en una renta vitalicia ó un usufructo? La cuestión presenta dos dificultades. Se pregunta primero si hay lugar á compensación. Y suponiendo que se deba compensación, se pregunta cuál es su monto.

Creemos que debe aplicarse á la enajenación de un propio mediante un derecho vitalicio, el principio general establecido por el art. 1,433. La ley no distingue en qué consiste el precio que el esposo recibe por la enajenación de su propio; siempre que hay un precio y que éste se entrega á la comunidad, ésta debe devolver lo que ha recibido. Y cuando vendo un inmueble por una renta vitalicia, es seguro que hay un precio, á reserva de saber en qué consiste; luego hay lugar á compensación. Así sucedía en el derecho antiguo. Ni siquiera se discutía la cuestión, tan evidente así parecía ser la solución en presencia del texto de la costumbre; hay un precio; fué entregado á la comunidad, luego el esposo lo vuelve á tomar. La única dificultad estaba en saber cuál era la cifra de la compensación que podía reclamar el esposo y sobre qué base se fijaba su monto; este es el único punto que Pothier y Lebrún examinan. Esto basta, según nosotros, para zanjar la cuestión. El Código ha reproducido

1 Durantón, t. XIV, pág. 463, núm. 337.

la disposición de la costumbre de París; hay, pues, que entenderla tal como se entendía en el derecho antiguo, á no ser que se crea que el Código derogue la tradición. (1)

Así lo han sostenido. El art. 588, se dice, considera los réditos de la renta vitalicia como el producto del derecho á la renta, y lo asimila á los intereses. De esto se ha concluido que la comunidad tiene derecho á los réditos á título de frutos civiles, sin estar obligada á ninguna restitución, así como el usufructuario. ¿En este sistema qué es la enajenación de un inmueble mediante una renta vitalicia? Es el cambio de un propio por otro propio. La renta vitalicia queda propiedad del esposo vendedor; por este punto no hay ninguna recompensa que reclamar; si sobrevive, conserva su derecho á la renta; si muere, su derecho se extingue, es verdad, pero esto no impide que la renta le haya sido propia y que haya substituido su inmueble enajenado. En cuanto á los réditos percibidos por la comunidad, el esposo no tiene ningún derecho en ellos, puesto que pertenecen á la comunidad á título de usufructo. (2) La Corte de Casación contesta que esta doctrina confunde dos hipótesis enteramente distintas. El art. 588 reglamenta las relaciones entre un nudo propietario y el usufructuario; decide la cuestión de saber en qué consiste la substancia de una renta vitalicia, substancia que el usufructuario debe conservar para devolverla cuando se extingue el usufructo. La disposición así entendida se aplica también á la comunidad como usufructuaria. Si uno de los esposos tenía una renta vitalicia cuando el matrimonio, y si esta renta le queda propia, la comunidad que tiene el goce de los propios percibirá los réditos de la renta sin estar obligada por este punto á ninguna restitución; si la renta

1 Aubry y Rau, t. V, pág. 352 y nota 4, pfo. 511. Esta opinión fué muy bien defendida por Colmet de Santerre, t. VI, pág. 191, núm. 78 *bis* XI.
2 Esta es la opinión de Rodière y Pont y de los autores que citan (t. II, página 230, nota 2).

sación? Un corte solo debió hacerse en 1877, fué hecho en 1870 y la comunidad se disolvió en 1875. Se debe una indemnización al esposo propietario por lo que produjo el corte, pero hecha deducción del valor de los dos años que tenía la madera el día de la disolución de la comunidad; esto es lo que realmente entregó el esposo en la comunidad. (1)

II. De los derechos vitalicios.

1. Venta de un propio por un derecho vitalicio.

466. ¿Se aplican los principios generales á la enajenación de un propio cuando el precio consiste en una renta vitalicia ó un usufructo? La cuestión presenta dos dificultades. Se pregunta primero si hay lugar á compensación. Y suponiendo que se deba compensación, se pregunta cuál es su monto.

Creemos que debe aplicarse á la enajenación de un propio mediante un derecho vitalicio, el principio general establecido por el art. 1,433. La ley no distingue en qué consiste el precio que el esposo recibe por la enajenación de su propio; siempre que hay un precio y que éste se entrega á la comunidad, ésta debe devolver lo que ha recibido. Y cuando vendo un inmueble por una renta vitalicia, es seguro que hay un precio, á reserva de saber en qué consiste; luego hay lugar á compensación. Así sucedía en el derecho antiguo. Ni siquiera se discutía la cuestión, tan evidente así parecía ser la solución en presencia del texto de la costumbre; hay un precio; fué entregado á la comunidad, luego el esposo lo vuelve á tomar. La única dificultad estaba en saber cuál era la cifra de la compensación que podía reclamar el esposo y sobre qué base se fijaba su monto; este es el único punto que Pothier y Lebrún examinan. Esto basta, según nosotros, para zanjar la cuestión. El Código ha reproducido

1 Durantón, t. XIV, pág. 463, núm. 337.

la disposición de la costumbre de París; hay, pues, que entenderla tal como se entendía en el derecho antiguo, á no ser que se crea que el Código derogue la tradición. (1)

Así lo han sostenido. El art. 588, se dice, considera los réditos de la renta vitalicia como el producto del derecho á la renta, y lo asimila á los intereses. De esto se ha concluido que la comunidad tiene derecho á los réditos á título de frutos civiles, sin estar obligada á ninguna restitución, así como el usufructuario. ¿En este sistema qué es la enajenación de un inmueble mediante una renta vitalicia? Es el cambio de un propio por otro propio. La renta vitalicia queda propiedad del esposo vendedor; por este punto no hay ninguna recompensa que reclamar; si sobrevive, conserva su derecho á la renta; si muere, su derecho se extingue, es verdad, pero esto no impide que la renta le haya sido propia y que haya substituido su inmueble enajenado. En cuanto á los réditos percibidos por la comunidad, el esposo no tiene ningún derecho en ellos, puesto que pertenecen á la comunidad á título de usufructo. (2) La Corte de Casación contesta que esta doctrina confunde dos hipótesis enteramente distintas. El art. 588 reglamenta las relaciones entre un nudo propietario y el usufructuario; decide la cuestión de saber en qué consiste la substancia de una renta vitalicia, substancia que el usufructuario debe conservar para devolverla cuando se extingue el usufructo. La disposición así entendida se aplica también á la comunidad como usufructuaria. Si uno de los esposos tenía una renta vitalicia cuando el matrimonio, y si esta renta le queda propia, la comunidad que tiene el goce de los propios percibirá los réditos de la renta sin estar obligada por este punto á ninguna restitución; si la renta

1 Aubry y Rau, t. V, pág. 352 y nota 4, pfo. 511. Esta opinión fué muy bien defendida por Colmet de Santerre, t. VI, pág. 191, núm. 78 *bis* XI.
2 Esta es la opinión de Rodière y Pont y de los autores que citan (t. II, página 230, nota 2).

aun existe cuando la disolución de la comunidad, el esposo la vuelve á tomar como vuelve á tomar todos sus propios. Otra es la cuestión de las compensaciones; se decide, no por el art. 588 sino por el art. 1,433. La comunidad tenía el goce de un inmueble que le dejaba un producto de 1,200 francos. Este inmueble es enajenado por una renta vitalicia de 2,000 francos: ¿el esposo vendedor entregará el precio de su propio á la comunidad? Tal es la cuestión de la recompensa. Y está bien claro que los réditos representan una parte del capital, luego una parte del fundo; por consiguiente, una parte del fundo se entrega á la comunidad. La comunidad no tiene derecho al fundo ni al capital del precio ni, por consiguiente, á la parte de los réditos que representan el fundo; debe, pues, compensación por esta parte de los réditos, así como devuelve el precio del capital que recibe. Que reciba el fundo bajo la forma de precio firme, ó bajo la forma de productos vitalicios, ¿qué importa? Se enriquece en todo caso á expensas del esposo propietario; éste, al entregar á la comunidad una parte de su fundo, tiene derecho, por este punto, á una compensación.

Se objetan las absurdas consecuencias á que conduce la opinión generalmente seguida. Supongamos, se dice, que la comunidad dure cuarenta años después que uno de los esposos ha enajenado su propio por una renta vitalicia: deberá la diferencia que existe entre el producto ordinario y los réditos de la renta: 800 francos en el ejemplo que hemos dado; luego después de cuarenta años el esposo tendrá derecho á una compensación de 32,000 francos y volverá á tomar más que su renta. ¿Por qué es este absurdo? ¿Acaso no ha entregado el esposo 32,000 francos en la comunidad que le eran propios porque representan el precio de un propio? El esposo vuelve á tomar su precio y la comunidad devuelve lo que ha recibido. (1) Supongamos que este resultado sea

1 Casación, 8 de Abril de 1872 (Dalloz, 1872, 1, 108). Denegada, 1° de Abril de 1868 (Dalloz, 1868, 1, 311). Las cortes de apelación están divididas, pero las sentencias son anteriores á la sentencia de casación. Véanse las citaciones en Aubry y Rau y en Rodière y Pont.

absurdo, diremos aún: ¿qué importa? Al legislador toca tomar en consideración los resultados y consecuencias de los principios que consagra: el juez no tiene para qué inquietarse por ellos, aplica la ley tal cual es; si es mala hay que reclamar al legislador.

467. Nos queda por ver cómo se determina el monto de la recompensa. Creemos que en este punto debe seguirse la tradición, así como en la cuestión que acabamos de examinar. Esta es la opinión consagrada por la jurisprudencia. Pothier pone como principio que la recompensa consiste en la suma de la que los réditos percibidos desde la enajenación hasta la disolución exceden los productos de la heredad, los cuales hubieran caído en la comunidad si el propio no se hubiese enajenado. El principio procede del motivo en el cual se funda la compensación. Los réditos se componen de dos elementos bajo el punto de vista de los derechos de la comunidad; primero, los intereses del precio capital que sirvió para fijar el monto de la renta, y después, de una parte del capital que varía según la edad del credirrentista. La comunidad no debe compensación por la parte de los réditos que representan el producto del inmueble, pues tiene derecho al goce de los propios. Sólo debe compensación por la parte de los réditos que representan el capital ó fundo, pues no tiene derecho al fundo ni al capital que lo representa.

Pothier da el siguiente ejemplo: El producto de un propio enajenado era de 600 francos por año; se le enajena por una renta vitalicia de 1,000 francos; la comunidad dura diez años después de la enajenación. ¿De qué debe compensación la comunidad? La renta vitalicia excede de 400 francos anuales del producto del inmueble enajenado: esto es,

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

por los diez años que pasaron desde la enajenación, una suma de 4,000 francos de que aprovechó la comunidad, y de la cual el esposo vendedor debe tener devolución. Si la comunidad se disolvió por la muerte del credirrentista, la renta se extinguió por la misma causa; los herederos del esposo difunto sólo tendrán la compensación, tal cual acabamos de calcularla. Si es el esposo credirrentista el supérstite, tiene derecho de volver á tomar la renta que le es propia; esto es de derecho común. (1)

2. Enajenación de un derecho vitalicio.

468. Uno de los esposos puede tener un derecho vitalicio en propio, ya sea una renta estipulada propia por contrato de matrimonio, ya sea un usufructo inmueble. Se supone que se enajena un usufructo inmueble: ¿dará lugar esta enajenación á una recompensa? La cuestión está controvertida y dudosa. Hasta aquí Pothier nos servía de guía, y en la duda nos inclinábamos á la tradición. Este guía nos hace falta en la cuestión que presentamos. Pothier ha variado; estamos, pues, en presencia de dos opiniones contrarias, apoyándose una y otra en la autoridad de Pothier. La mayor parte de los autores siguen la que enseñó el último en su *Tratado de la Comunidad* (núm. 592); nosotros preferimos la que profesó en su *Introducción á la costumbre de Orleáns* (tit. X, núm. 106).

Para resolver la cuestión hay que hacer una distinción. La comunidad puede disolverse por la muerte del esposo que tiene el derecho vitalicio, tal como el usufructo, ó puede ser disuelta por la muerte del otro cónyuge, por el divorcio, la separación de cuerpos ó la separación de bienes. En esta última hipótesis no hay dificultad; todos están acor-

1 Pothier, *De la comunidad*, núm. 594. Aubry y Rau, t. V, pág. 356, nota 11, pfo. 511 y las dos sentencias citadas más arriba. Debe agregarse Burdeos, 10 de Mayo de 1871 (Dalloz, 1871, 2, 219). Colmet de Santerre, t. VI, pág. 193, núm. 78 *bis* XII, tiene un sistema del que vamos á ocuparnos.

des en decir que hay lugar á compensación; vuelve á aparecer el disentimiento cuando se trata de fijar el monto de la compensación; volveremos á hablar de este punto. Hay que ver, ante todo, si el esposo supérstite, divorciado ó separado de cuerpos ó de bienes, tiene derecho á una compensación. El esposo que tiene un usufructo inmobiliar lo enajena, el precio de su propio entra en la comunidad. Se está en el texto de la ley. No se puede objetar al esposo vendedor que su derecho es vitalicio y que se hubiera extinguido por su muerte, pues en el caso el derecho no se hubiera extinguido, puesto que el esposo supérstite hubiera vuelto á tomar su derecho de usufructo; no lo puede volver á tomar, puesto que lo enajenó; tiene, pues, derecho á compensación por lo que fué entregado á la comunidad á consecuencia de esta enajenación, si no la comunidad se enriquecería á sus expensas, puesto que aprovecharía del precio de un derecho que es propio del esposo usufructuario. El espíritu de la ley está, pues, acorde con el texto para dar al esposo derecho á una compensación; este derecho parece seguro.

No sucede así cuando la comunidad se disuelve por la muerte del esposo usufructuario; tomamos el usufructo como ejemplo; lo que de él diremos se aplica, naturalmente, á la renta vitalicia. Pothier enseña en su *Introducción á la costumbre de Orleáns*, que el esposo que enajena el usufructo no tiene derecho á compensación en esta hipótesis. Para que haya lugar á compensación, dice, es necesario que el esposo haya perdido por enajenación un valor propio que hubiera tenido derecho de volver á tomar en la disolución de la comunidad; la compensación lo indemniza por esta pérdida. Ya no hay lugar á compensación cuando nada pierde el esposo por la enajenación, pues la recompensa es una indemnización, y aquel que nada pierde no puede pedir que se le indemnice. Y tal es la situación del esposo que enajenó un usufructo cuando llega á morir; el usufructo se hubiera ex-

tinguido por la muerte aunque no lo hubiera enajenado; sus herederos no hubieran, pues, podido reclamar una indemnización por el punto de la enajenación, puesto que no les causa ningún perjuicio; es verdad que no encuentran el derecho de usufructo en la sucesión de su autor; pero si no la encuentran no es porque la haya enajenado sino porque el usufructo que es su derecho vitalicio se hubiera extinguido independientemente de la enajenación por la muerte del esposo usufructuario. Desde luego no pueden reclamar ninguna compensación, pues toda compensación supone una pérdida; no hay lugar á indemnizar á aquel que nada pierde. Esta solución está también fundada en la razón. Hay una diferencia esencial entre la enajenación de un inmueble y la de un derecho vitalicio: la enajenación de un inmueble disminuye necesariamente el patrimonio del que lo enajena, pues este inmueble se hubiera encontrado en su patrimonio en la disolución de la comunidad; si los herederos del esposo vendedor no lo encuentran esto es por causa de la enajenación, luego la enajenación constituye una pérdida; de ahí el derecho de compensación contra la comunidad que recibió el precio de la enajenación. No sucede así cuando el esposo ha vendido un derecho vitalicio, este derecho se hubiera extinguido por su naturaleza á la muerte del esposo; ¿puede decirse que su patrimonio haya disminuido por esta enajenación cuando la comunidad llega á disolverse por su muerte? El patrimonio de aquel que tiene un derecho vitalicio disminuye incesantemente, porque de un momento á otro la muerte se aproxima, y á medida que se acerca el derecho pierde su valor; el patrimonio disminuye, pues, por la naturaleza del derecho; si aun queda algo á la disolución de la comunidad el esposo tiene derecho á una indemnización; si nada queda el esposo ó sus herederos nada pueden reclamar por el punto de la enajenación del derecho, pues si éste no se encuentra en el patrimonio del esposo no es por-

que fué enajenado, es por causa de la naturaleza vitalicia del derecho. (1)

469. En una materia tan difícil no basta exponer la opinión que preferimos, hay también que dar á conocer la opinión contraria que Pothier acabó por adoptar y que está seguida por la mayor parte de los autores modernos. Pothier dice que el esposo que vende un derecho de usufructo ó de renta vitalicia propios, tiene derecho á una compensación en todos los casos; es decir, sin distinguir si la disolución de la comunidad sucedió por la muerte del esposo á quien pertenecía el derecho vitalicio, ó por la muerte del otro cónyuge. Esta es la única alusión que Pothier hace á su opinión primera; no la combate y no motiva su nueva manera de ver. Se adivina fácilmente, por otra parte, el motivo que le hizo variar de opinión; son los términos absolutos de la costumbre, la cual da derecho de compensación en todos los casos en los cuales hay enajenación de un propio sin distinguir si este propio es un inmueble ó un derecho vitalicio. El art. 1,433 reproduce la disposición de la costumbre de París; da derecho á una compensación desde que un inmueble se vende y que el precio es entregado á la comunidad. ¿No debe decirse que el intérprete no puede distinguir donde la ley no distingue? Contestamos que la distinción entre los derechos perpetuos y los vitalicios resulta de la misma naturaleza de estos derechos. Cuando un inmueble propio se enajena, el patrimonio del esposo se halla necesariamente disminuido, y es la comunidad la que aprovecha esta enajenación percibiendo el precio; no tiene derecho al inmueble vendido, tampoco lo tiene al precio del inmueble; si este precio le está entregado, el esposo ó sus herederos tienen el derecho de volver á tomarlo, si no la comunidad se enriquecería á sus expensas. Estas son las circunstancias median-

1 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 186, núm. 78 *bis* VI. Aubry y Rau, t. V, pág. 353, nota 5, pfo. 511 y las autoridades que citan.

te las que tiene lugar la compensación. Esta situación no se presenta cuando el esposo vende un derecho vitalicio y la comunidad se disuelve por su muerte. ¿Puede decirse, en este caso, que la comunidad aprovecha un derecho inmueble que era propio del esposo? Nó, pues este derecho sólo consiste, en realidad, en un goce vitalicio, y este goce cesa con la muerte del esposo, la que también es la fecha de la disolución de la comunidad. Esta, mientras dura, goza como hubiese gozado el esposo usufructuario; la cesión que el esposo hace de su derecho, sólo es un cambio de goce; el precio entregado á la comunidad representa este goce; luego la comunidad no se enriquece con el derecho y, por lo tanto, no debe compensación por este punto. Sólo se enriquece, hasta cierto punto, cuando el esposo usufructuario sobrevive á la disolución de la comunidad, pues entonces subsiste el derecho vitalicio, pero disminuido por el goce que tuvo la comunidad; hay una pérdida, luego hay lugar á una indemnización. Pero cuando la comunidad se disuelve por la muerte del esposo usufructuario, el derecho no se pierde por la enajenación, perece porque es un derecho vitalicio; la comunidad no se enriqueció con él, pues no se enriquece cuando el esposo nada pierde. No hay ya aquí los elementos necesarios para que el esposo tenga derecho á una compensación.

Se objeta, y la objeción es muy seria, que para saber si hay lugar á compensación debe considerarse el momento en que se hace la enajenación y no el momento en que se disuelve la comunidad. Y en el momento de la venta el precio de un propio se entrega á la comunidad, luego ésta debe compensación. ¿Puede el derecho de compensación depender de un hecho accidental de la causa que motiva la disolución de la comunidad? Desde que hay venta de un propio y que el precio es entregado á la comunidad, el derecho á la indemnización existe y puede ser ejercido cualquiera que

sea el acontecimiento por el cual la comunidad se disuelve. La objeción, en el fondo, es la que se toma del art. 1,433. No se toma en cuenta el efecto de la enajenación del derecho vitalicio: la enajenación será la cesión de un derecho propio cuando el esposo sobrevive á la disolución de la comunidad, pues vuelve éste á tomar este derecho aunque disminuido; mientras que la enajenación sólo será una cesión de goce cuando la comunidad se disuelve por la muerte del esposo usufructuario. En la primera hipótesis existen los elementos de una indemnización: hay pérdida por un lado y provecho por el otro. En la segunda hipótesis no existen estos elementos; los herederos pierden, pero no es por la enajenación, es por el hecho de ser vitalicio el derecho; no hay, pues, pérdida ni provecho, luego no puede haber lugar á indemnización. Se dice en vano que la compensación dependerá de un hecho accidental; se trata de un derecho vitalicio, luego de un derecho sometido á accidentes; y sólo cuando se disuelve la comunidad es cuando se puede ver si la enajenación fué una cesión de goce ó una cesión de derecho, en lo que se refiere al provecho que la comunidad ha sacado y de la pérdida que sufrió el esposo. (1)

470. Todos admiten que hay lugar á recompensa cuando el esposo usufructuario sobrevive á la disolución de la comunidad. Queda por saber cuál será su monto. Acerca de este punto hay nuevas dificultades. Seguiremos de preferencia la opinión de Pothier. Hé aquí el ejemplo dado por él. El esposo tiene un derecho de usufructo cuyo producto es de mil francos anuales. Lo vende en el precio de 12,000 francos que entrega á la comunidad. El goce de la comunidad disminuye; en lugar de un producto de 1,000 francos sólo tiene el interés de 12,000 francos; es decir, 600 francos; luego

1 Pothier, *De la comunidad*, núm. 592. Aubry y Rau, t. V, pág. 353, nota 5 y los autores que citan.

pierde 400 francos anuales. La comunidad se disuelve por la muerte del cónyuge usufructuario: éste, en la opinión de Pothier, tiene derecho á una compensación. Entregó 12,000 francos á la comunidad ¿puede recobrar esta misma suma? Nó, pues si la recobrara se enriquecerá con 400 francos anuales á expensas de la comunidad; si ésta duró diez años después de la enajenación del usufructo, el esposo realizará un beneficio de 4,000 francos y la comunidad perderá esta misma suma. La comunidad sólo se enriqueció en realidad por 8,000 francos, los otros 4,000 restantes representan la pérdida que ha sufrido. Luego el esposo sólo tiene derecho á una compensación de 1,000 francos.

Este punto está también controvertido. Hay autores que dan al esposo vendedor una compensación por la totalidad del precio de venta. El texto del art. 1,433 parece favorable á esta opinión. Es el precio entregado á la comunidad el que el esposo recobra; y entregó 12,000 francos, la comunidad aprovechó de esta suma, luego debe compensarla. Es verdad que pierde en productos, pero esta pérdida es la consecuencia natural de la venta del derecho vitalicio; y el esposo tiene derecho de vender y cambiar su modo de goce; la comunidad no tiene más derecho que el esposo, goza como éste hubiera gozado sin poder reclamar indemnización por este punto. Se contesta que esta argumentación no tiene en cuenta la naturaleza de la compensación. Es esencialmente una indemnización por la pérdida que sufre el esposo y una compensación por el provecho que realiza la comunidad; es decir, que lo que sale del patrimonio del esposo y entra en la comunidad da lugar á compensación. Y en el caso ¿qué es lo que sale del patrimonio del esposo, y qué lo que entra en la comunidad? El esposo convierte un producto vitalicio de 1,000 francos en un producto perpetuo de 600 francos, ganó en duración lo que perdió en cantidad; la comunidad, por el contrario, que sólo tiene una existencia

temporal, pierde 400 francos anuales, pérdida que nada compensa. Luego el beneficio que realiza el esposo vendedor no entra en la comunidad; ésta recibe un capital de 12,000 francos; es verdad que debe devolver, pero si la reembolsara íntegramente devolvería más de lo que recibió, puesto que percibiendo un capital de 12,000 francos sólo tiene ya un goce de 600 francos. ¿Qué es lo que recibe, pues? Recibe 12,000 francos deduciendo 400 francos anuales. Sólo debe devolver aquello que recibe; luego después de diez años sólo debe devolver 12,000 francos deduciendo de ellos 4,000 francos.

Se dice en vano que la disminución del producto que resulta para la comunidad por la enajenación del usufructo es el ejercicio de un derecho; que el propietario puede gozar como le plazca y que la comunidad no tiene más derecho que el del esposo. Esto no es exacto; el esposo que vende el usufructo no cambia sólo su modo de goce, cambia la naturaleza de su derecho reemplazado, un derecho vitalicio por un derecho perpetuo: ¿lo puede hacer en perjuicio de la comunidad, reclamando el precio de 12,000 francos, sin tener en cuenta la pérdida que ésta sufre por la substitución de un derecho perpetuo á un derecho vitalicio? Nó, pues la recompensa es una cuestión de ganancia y de pérdida, puesto que es una cuestión de indemnización.

Se hace otra objeción. Si la comunidad dura mucho tiempo después de la enajenación del derecho vitalicio, las deducciones que autorizamos á la comunidad á hacer por la disminución de goce, podrán absorber y aun sobrepasar la indemnización. Si en lugar de durar diez años como lo supone Pothier, la comunidad dura cuarenta, podrá deducir 16,000 francos y sólo debe 12,000. El esposo que era acreedor á una compensación se encontraría deberla. Hemos contestado varias veces á objeciones análogas; el intérprete no tiene que atender á las consecuencias que resultan de un

principio ó de una ley: absurdos ó no debe aceptarlos; esto es asunto del legislador. (1)

§ II.—De las compensaciones debidas a la comunidad.

Núm. 1. ¿Cuándo se debe compensación?

471. El art. 1,437 enumera varios casos en los que la comunidad tiene derecho á una recompensa contra los esposos; luego sienta una regla general en estos términos: «y generalmente todas las veces que uno de los esposos ha sacado un provecho personal de los bienes de la comunidad, debe compensación por ello.» La regla es idéntica á la que establece el art. 1,433 acerca de la compensación que los esposos tienen contra la comunidad, y tiene el mismo fundamento; al formularla la ley da su razón.

Uno de los esposos saca un provecho personal de la comunidad: ¿por qué le debe indemnización por este punto? Es porque la comunidad, como la palabra lo indica, tiene por objeto el interés común de los esposos; mejor dicho, de la familia. Es verdad que cada esposo puede tener intereses particulares, puesto que tienen patrimonios propios; estos intereses son extraños á la comunidad, el esposo debe, pues, atenderlos con sus propios y no con los bienes de la comunidad. Si emplea los bienes de la comunidad en su propio interés, se aventaja mientras la comunidad sufre una pérdida; la justicia exige que el esposo compense la ventaja que saca de los bienes comunes y de la pérdida que resulta para la comunidad. Tal es el principio de las compensaciones ó indemnizaciones que cada esposo debe á la comunidad cuando se sirve de los bienes comunes en su propia ventaja.

¿En qué casos hay lugar á compensación? La ley enu-

1 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 188, núms. 78 *bis* VIII y IX. Aubry y Rau, t. V, pág. 356, nota 12, pfo. 511 y, en sentido contrario, los autores que citan.

mera los casos más usuales en el art. 1,437; prevee otros en otro lugar. Ya los hemos encontrado en el curso de nuestras explicaciones; bastará recordarlos transladando á lo que ya fué dicho ó al sitio de la matetia.

472. Según el art. 1,437, cuando se toma de la comunidad una suma para pagar deudas ó cargos personales á uno de los esposos, éste le debe por ello compensación. ¿Qué se entiende por deudas personales de los esposos? Se encuentra la misma expresión en el art. 1,409, núm. 3; la hemos explicado al tratar del pasivo de la comunidad. El art. 1,437 da un ejemplo: «El precio ó parte del precio de un inmueble propio del esposo.» Esto es la reproducción del art. 1,409, 1°. El precio, siendo una deuda mobiliar, cae en el pasivo de la comunidad en este sentido, que la deuda es relativa á un inmueble propio del esposo; la ley agrega que se debe compensación á la comunidad. El art. 1,469 menciona otra deuda personal de los esposos aunque la obligación sólo sea natural: el esposo que dota á un hijo de primer matrimonio con bienes ó valores de la comunidad, debe devolverlos; es decir, debe compensación; poco importa que la deuda no sea una deuda civil, no por eso deja de ser verdad que el esposo toma de la comunidad bienes ó valores por interés que le es particular; esto basta para que esté obligado á dar compensación. No hay para qué distinguir si la dote fué prometida antes ó después del segundo matrimonio; esta circunstancia, que parece haber dificultado la decisión de una corte, es enteramente indiferente; (1) lo que es decisivo es que el esposo haya utilizado bienes comunes en interés que le es personal.

473. El art. 1,437 aplica el mismo principio á los *cargos* que son personales á uno de los esposos; da como ejemplo la compra de servidumbres. Cuando una servidumbre real,

1 Bastia, 31 de Enero de 1844 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 890).

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

principio ó de una ley: absurdos ó no debe aceptarlos; esto es asunto del legislador. (1)

§ II.—De las compensaciones debidas a la comunidad.

Núm. 1. ¿Cuándo se debe compensación?

471. El art. 1,437 enumera varios casos en los que la comunidad tiene derecho á una recompensa contra los esposos; luego sienta una regla general en estos términos: «y generalmente todas las veces que uno de los esposos ha sacado un provecho personal de los bienes de la comunidad, debe compensación por ello.» La regla es idéntica á la que establece el art. 1,433 acerca de la compensación que los esposos tienen contra la comunidad, y tiene el mismo fundamento; al formularla la ley da su razón.

Uno de los esposos saca un provecho personal de la comunidad: ¿por qué le debe indemnización por este punto? Es porque la comunidad, como la palabra lo indica, tiene por objeto el interés común de los esposos; mejor dicho, de la familia. Es verdad que cada esposo puede tener intereses particulares, puesto que tienen patrimonios propios; estos intereses son extraños á la comunidad, el esposo debe, pues, atenderlos con sus propios y no con los bienes de la comunidad. Si emplea los bienes de la comunidad en su propio interés, se aventaja mientras la comunidad sufre una pérdida; la justicia exige que el esposo compense la ventaja que saca de los bienes comunes y de la pérdida que resulta para la comunidad. Tal es el principio de las compensaciones ó indemnizaciones que cada esposo debe á la comunidad cuando se sirve de los bienes comunes en su propia ventaja.

¿En qué casos hay lugar á compensación? La ley enu-

1 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 188, núms. 78 *bis* VIII y IX. Aubry y Rau, t. V, pág. 356, nota 12, pfo. 511 y, en sentido contrario, los autores que citan.

mera los casos más usuales en el art. 1,437; prevee otros en otro lugar. Ya los hemos encontrado en el curso de nuestras explicaciones; bastará recordarlos transladando á lo que ya fué dicho ó al sitio de la matetia.

472. Según el art. 1,437, cuando se toma de la comunidad una suma para pagar deudas ó cargos personales á uno de los esposos, éste le debe por ello compensación. ¿Qué se entiende por deudas personales de los esposos? Se encuentra la misma expresión en el art. 1,409, núm. 3; la hemos explicado al tratar del pasivo de la comunidad. El art. 1,437 da un ejemplo: «El precio ó parte del precio de un inmueble propio del esposo.» Esto es la reproducción del art. 1,409, 1°. El precio, siendo una deuda mobiliar, cae en el pasivo de la comunidad en este sentido, que la deuda es relativa á un inmueble propio del esposo; la ley agrega que se debe compensación á la comunidad. El art. 1,469 menciona otra deuda personal de los esposos aunque la obligación sólo sea natural: el esposo que dota á un hijo de primer matrimonio con bienes ó valores de la comunidad, debe devolverlos; es decir, debe compensación; poco importa que la deuda no sea una deuda civil, no por eso deja de ser verdad que el esposo toma de la comunidad bienes ó valores por interés que le es particular; esto basta para que esté obligado á dar compensación. No hay para qué distinguir si la dote fué prometida antes ó después del segundo matrimonio; esta circunstancia, que parece haber dificultado la decisión de una corte, es enteramente indiferente; (1) lo que es decisivo es que el esposo haya utilizado bienes comunes en interés que le es personal.

473. El art. 1,437 aplica el mismo principio á los *cargos* que son personales á uno de los esposos; da como ejemplo la compra de servidumbres. Cuando una servidumbre real,

1 Bastia, 31 de Enero de 1844 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 890).

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

dice Pothier, de la cual una heredad propia á uno de los esposos estaba gravada se vuelve á comprar con dinero de la comunidad, esta compra procuró una ventaja al propietario del fundo. El *cargo* le era *personal* en este sentido: que disminuía el valor de un inmueble que le es personal; cuando la heredad se libera de ella el esposo saca una ventaja personal; si la comunidad es la que paga la compra el esposo le debe compensación. Pothier, siempre exacto, tiene el cuidade de decir que se trata de una servidumbre predial. (1) Si se tratara de una servidumbre personal, tal como el usufructo que grava el fundo de uno de los esposos, no hay lugar á compensación por razón de que el usufructo se vuelve una ganancial. Transladamos á lo que dijimos en otro lugar (t. XXI, núm. 260).

Lo que el art. 1,437 dice de la recompra de servidumbres se aplica á la liberación de todo cargo real: tal sería la hipoteca que gravara el propio de uno de los esposos. Si la deuda por la cual el inmueble estaba hipotecado es pagada por la comunidad se le debe compensación. El Tribunal del Sena se equivocó en ello. La deuda, dice, aunque garantizada por una hipoteca, no por eso deja de ser mueble, y como tal á cargo de la comunidad. Sin duda, pero el pago de la deuda libera al inmueble y lo hace más valioso según la expresión de Pothier; el esposo debe por esta mejora una compensación, como lo sentenció la Corte de París. Lo que probaba que la mujer había aprovechado de la liberación del inmueble, es que la partición atribuía á la mujer la totalidad del precio del inmueble gravado. (2)

474. El art. 1,437 da también á la comunidad una compensación cuando se toma de los bienes de la comunidad una suma para la conservación ó mejora de los bienes personales de un esposo. Pothier da como ejemplo el suplemento

1 Pothier, *De la comunidad*, núm. 638.
2 París, 18 de Marzo de 1872 (Dalloz, 1873, 2, 19).

del justo precio que paga el esposo para evitar ó suspender la acción de rescisión por causa de lesión que el vendedor ejerce contra él. Si paga este suplemento con el dinero de la comunidad debe compensación, pues este dinero conservó al esposo la propiedad del inmueble; luego se empleó en un interés que le es particular, y, por consiguiente, hay lugar á indemnización. (1)

Los trabajos que el esposo hace en sus propios pueden tener por objeto la conservación de los bienes ó el mejoramiento ó su hermoseamiento: ¿Se debe recompensa en este caso? Esta cuestión está muy controvertida; como se liga á la cifra de la indemnización que debe pagar el esposo, la examinaremos al tratar del monto de la compensación. Un punto es seguro, Pothier lo hace notar: los gastos de simple mantenimiento no dan lugar á compensación, puesto que constituyen un cargo de la comunidad (art. 1,409, 4.°)

475. El art. 1,437 no limita el derecho de compensación al caso que prevee, puesto que después de haber enumerado las causas que ordinariamente dan lugar á compensación agrega una regla general cuyos ejemplos que acaba de dar sólo son una aplicación. Hemos dado otra aplicación del mismo principio al tratar de los gastos de labor y siembra que se hacen en los propios de los esposos, y de los que aprovechan después de la disolución de la comunidad (t. XXI, núm. 248).

Núm. 2. Monto de la compensación.

1. El Principio.

476. Pothier establece tres principios acerca de las compensaciones debidas á la comunidad. (2) El primero dice

1 Pothier, *De la comunidad*, núm. 632.
2 Pothier, *De la comunidad*, núm. 613. Compárese Durantón, t. XIV, páginas 453, núms. 323-325.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

dice Pothier, de la cual una heredad propia á uno de los esposos estaba gravada se vuelve á comprar con dinero de la comunidad, esta compra procuró una ventaja al propietario del fundo. El *cargo* le era *personal* en este sentido: que disminuía el valor de un inmueble que le es personal; cuando la heredad se libera de ella el esposo saca una ventaja personal; si la comunidad es la que paga la compra el esposo le debe compensación. Pothier, siempre exacto, tiene el cuidade de decir que se trata de una servidumbre predial. (1) Si se tratara de una servidumbre personal, tal como el usufructo que grava el fundo de uno de los esposos, no hay lugar á compensación por razón de que el usufructo se vuelve una ganancial. Transladamos á lo que dijimos en otro lugar (t. XXI, núm. 260).

Lo que el art. 1,437 dice de la recompra de servidumbres se aplica á la liberación de todo cargo real: tal sería la hipoteca que gravara el propio de uno de los esposos. Si la deuda por la cual el inmueble estaba hipotecado es pagada por la comunidad se le debe compensación. El Tribunal del Sena se equivocó en ello. La deuda, dice, aunque garantizada por una hipoteca, no por eso deja de ser mueble, y como tal á cargo de la comunidad. Sin duda, pero el pago de la deuda libera al inmueble y lo hace más valioso según la expresión de Pothier; el esposo debe por esta mejora una compensación, como lo sentenció la Corte de París. Lo que probaba que la mujer había aprovechado de la liberación del inmueble, es que la partición atribuía á la mujer la totalidad del precio del inmueble gravado. (2)

474. El art. 1,437 da también á la comunidad una compensación cuando se toma de los bienes de la comunidad una suma para la conservación ó mejora de los bienes personales de un esposo. Pothier da como ejemplo el suplemento

1 Pothier, *De la comunidad*, núm. 638.
2 París, 18 de Marzo de 1872 (Dalloz, 1873, 2, 19).

del justo precio que paga el esposo para evitar ó suspender la acción de rescisión por causa de lesión que el vendedor ejerce contra él. Si paga este suplemento con el dinero de la comunidad debe compensación, pues este dinero conservó al esposo la propiedad del inmueble; luego se empleó en un interés que le es particular, y, por consiguiente, hay lugar á indemnización. (1)

Los trabajos que el esposo hace en sus propios pueden tener por objeto la conservación de los bienes ó el mejoramiento ó su hermoseamiento: ¿Se debe recompensa en este caso? Esta cuestión está muy controvertida; como se liga á la cifra de la indemnización que debe pagar el esposo, la examinaremos al tratar del monto de la compensación. Un punto es seguro, Pothier lo hace notar: los gastos de simple mantenimiento no dan lugar á compensación, puesto que constituyen un cargo de la comunidad (art. 1,409, 4.°)

475. El art. 1,437 no limita el derecho de compensación al caso que prevee, puesto que después de haber enumerado las causas que ordinariamente dan lugar á compensación agrega una regla general cuyos ejemplos que acaba de dar sólo son una aplicación. Hemos dado otra aplicación del mismo principio al tratar de los gastos de labor y siembra que se hacen en los propios de los esposos, y de los que aprovechan después de la disolución de la comunidad (t. XXI, núm. 248).

Núm. 2. Monto de la compensación.

1. El Principio.

476. Pothier establece tres principios acerca de las compensaciones debidas á la comunidad. (2) El primero dice

1 Pothier, *De la comunidad*, núm. 632.
2 Pothier, *De la comunidad*, núm. 613. Compárese Durantón, t. XIV, páginas 453, núms. 323-325.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

así: "Todas las veces que uno de los cónyuges se ha enriquecido á expensas de la comunidad debe á ésta compensación."

Este principio está reproducido por el artículo 1,437, pero en lugar de decir *se ha enriquecido*, el Código dice: *ha sacado un provecho personal*. Es la misma idea la reproducción de la doctrina tradicional de las compensaciones; la comunidad no puede enriquecerse á expensas de los esposos (art. 1,433), así como los esposos no pueden enriquecerse á expensas de la comunidad. ¿Se enriquecen con la suma tomada en los bienes de la comunidad y deben devolverla íntegramente, ó hay que ver cuál es el provecho que han sacado y sólo deben compensación por este provecho?

El primer principio de Pothier no contesta á esta pregunta. Sin embargo, resulta una consecuencia que importa notar: es que el principio es idéntico para todas las compensaciones por las que deben los esposos á la comunidad, así como para los que la comunidad debe á los esposos.

477. Pothier sienta otros dos principios. Comenzaremos por el tercero que no da lugar á ninguna duda: "La compensación no excede la cantidad que costó á la comunidad, cualquiera que sea el provecho que haya sacado el cónyuge." Este principio resulta de la naturaleza misma de la compensación. Es una indemnización; es decir, la compensación de una pérdida; y la comunidad sólo pierde lo que ha gastado; no puede, pues, reclamar una indemnización mayor de lo que ha gastado. Si 1,000 francos fueron tomados de la comunidad por un esposo en interés que le es propio y que el empleo hecho por el esposo le procure un provecho de 15,000 francos, debe una compensación, no de 15,000 sino de 1,000 francos: la comunidad no puede *recobrar* más de lo que ha *dado*, pues las *compensaciones* debidas á la comunidad son también *devoluciones*. Esto no es dudoso, aunque

se haya contestado el principio ante los tribunales; la jurisprudencia y la doctrina están unánimes. (1)

Deduciremos de ello una muy importante consecuencia; el art. 1,437 dice que el esposo debe compensación todas las veces que saca un *provecho* personal de los bienes de la comunidad. No debe tomarse la palabra *provecho* en el sentido de estimar el provecho que saca el esposo de la comunidad; sólo devuelve aquello que *tomó*. ¿No debe concluirse de esto que el empleo hecho por el esposo del dinero de la comunidad es indiferente en lo que se refiere al monto de la compensación? Un punto es seguro, es que la comunidad no puede prevalerse de este empleo en la medida que fué provechoso al esposo. Queda por saber si puede uno prevalerse contra ella del empleo que no es provechoso para el esposo, en el sentido de que el provecho es menor que el gasto.

478. El tercer principio de Pothier contesta á la cuestión: "La compensación no es siempre igual á lo que importó á la comunidad para el negocio particular de uno de los cónyuges, sólo se debe hasta concurrencia del provecho que se sacó." Así el marido toma 10,000 francos en la comunidad para hacer trabajos en su propio ó en el de la mujer; resulta de ello una mejora de 8,000 francos; el esposo propietario sólo debe compensación por 8,000 francos, pues sólo aprovecha esta suma.

¿Ha sido consagrado este principio por el Código Civil? Se pudiera creerlo al leer la regla formulada por el artículo 1,437: el esposo debe compensación del *provecho* personal que saca de la comunidad, luego en tanto que lo aprovecha, es decir, hasta concurrencia de dicho provecho. Pero el texto no es tan decisivo como parece serlo. Acabamos de

1 Lieja, 13 de Abril de 1859 (*Pasicrisia*, 1860, 2, 123). Colmet de Santerre, t. VI, pág. 211, núm. 84 *bis* II.

hacerlo notar, y acerca de este punto no hay ninguna duda: no se toma el provecho en consideración cuando es mayor que la suma tomada de la comunidad; esto equivale á decir que la buena suerte está en favor del esposo; entonces ¿no será equitativo que el esposo soporte también la mala suerte? Dejemos por un momento la cuestión de equidad para atenernos al texto. La palabra *provecho* no decide la dificultad, es sinónima de la palabra *enriquecerse*; debe, pues, verse por cuánto se enriquece el esposo y cuál es el monto de la compensación que debe por haberse enriquecido.

El principio del art. 1,437 responde á nuestra cuestión: «Todas las veces que se toma de la comunidad una *suma*, ya sea para pagar deudas ó cargos personales á uno de los esposos, etc., se debe compensación.» ¿De qué debe compensación, según los términos de la ley? Debe compensación por la *suma* que *tomó* de la comunidad; esto es decir que *devuelve* lo que ha *tomado* ó que la comunidad *recobra* lo que *anticipó*. Si es así en los diversos casos enumerados por el art. 1,437, también así debe ser en todos los demás casos. En otros términos, la regla que formula la ley, después de haber dado aplicaciones, no puede tener otro sentido que estas mismas aplicaciones; luego el *provecho* de que habla la regla consiste en la suma que tomó el esposo de la comunidad; él es, pues, deudor de dicha suma á título de compensación.

El art. 1,408 confirma la interpretación que damos al artículo 1,437. Un esposo propietario de un inmueble por indiviso adquiere, mediante una suma de 20,000 francos, la parte de su copropietario. Esta parte sólo vale 18,000 francos. La suma de 20,000 francos fué tomada de la comunidad; se le debe recompensa: ¿Por cuánto? El art. 1,408 contesta: «Por la *suma* que *ministró* la comunidad para esta adquisición;» luego por 20,000 francos, aunque el provecho ó ventaja sólo sea de 18,000. Esta es una aplicación que hace la misma ley del principio que establece en el art. 1,437: es la suma que *ministra* la comunidad (art. 1,408) ó que se *toma* de la comunidad (art. 1,437) la que el esposo debe á título de compensación; este es el *provecho* que tiene. El provecho es la suma que recibe y con la que se enriquece, cualquiera sea el empleo que de ella haga y la utilidad que le procure. (1)

479. Tales son los textos. Se opone la tradición; los antiguos autores profesaban todos la opinión de Pothier, y no se ve por los trabajos preparatorios que el legislador haya pretendido derogar la doctrina tradicional. (2) Este es un poderoso argumento en una materia en la cual el Código casi no hizo otra cosa sino consagrar el derecho existente. Pero no es decisivo; el Código se apartó más de una vez de la opinión de Pothier, y en el caso la derogación nos parece segura. El espíritu de la ley no nos deja ninguna duda. Pothier pone en una misma línea las compensaciones que la comunidad debe á los esposos y las que los esposos deben á la comunidad; y ¿cuál es el principio establecido por el artículo 1,433 en cuanto á las recompensas que la comunidad debe al esposo? Cuando el *precio* procedente de un propio de uno de los esposos es entregado á la comunidad, hay lugar á compensación por este *precio*; la suma *entregada* es la que recobra el esposo, aunque dicha suma no hubiese procurado á la comunidad un beneficio equivalente; no se tiene en cuenta el empleo que la comunidad hace del precio que ella recibe (núm. 456). Si así sucede con las compensaciones debidas por la comunidad, debe también suceder así con las compensaciones debidas por los esposos, pues el principio es idéntico y los motivos del principio son los mismos:

1 Esta es la opinión de Demante, de Buguet según Pothier, de Marcadé, de Massé y Vergé acerca de Zacharie (véanse las citaciones en Rodière y Pont que aceptan esta opinión) y de Valette (Mourlón, *Repeticiones*, t. III, pág. 74, núm. 169).

2 Véanse las citaciones en Aubry y Rau, t. V, pág. 368, nota 5, pfo. 511 *bis*.

esta es la equidad, la justicia. ¿Cambia acaso de naturaleza la equidad, según que la compensación se debe por la comunidad ó por el esposo. ¿Hay dos justicias diferentes? La comunidad recibe 20,000 francos y devuelve 20,000 aunque su beneficio sólo haya sido por 18,000. El esposo toma 20,000 francos y sólo devuelve 18,000 porque su utilidad sólo fué de 1,000; ¿dónde está la razón de semejante diferencia?

Los partidarios de la opinión contraria confiesan que parece extraño que la comunidad, habiendo desembolsado una suma de 100 francos, sólo obtenga del esposo deudor 60 ú 80 francos, pero pretenden que esto se justifica muy sencillamente. La comunidad es el marido; cuando se dice que una suma se toma de la comunidad, el marido es quien la toma; poco importa que sea por interés suyo ó por el de su mujer. El marido toma 20,000 francos de la comunidad, sólo resulta para su mujer ó para él un beneficio de 18,000 francos; hay una pérdida de 2,000 francos. ¿Quién debe soportarla? Se dice que la comunidad, porque el marido tiene derecho de disipar *y* perder los bienes comunes. Sólo hay una excepción al poder del marido, es que no puede enriquecerse á expensas de la comunidad; y no se enriquece sino de la utilidad sacada de la comunidad ó de la que sacó su mujer. (1) Es verdad que el marido tiene derecho de disipar y perder los bienes comunes, pero la excepción es más estrecha de lo que se dice: cuando el marido toma 20,000 francos de la comunidad para emplearlos en interés propio, no disipa, especula; y no le está permitido especular á expensas de la comunidad. La ley le dice: Si tomáis 20,000 francos en la comunidad para comprar la parte indivisa de un fundo de que sois copropietario, devolveréis 20,000 francos aunque sólo hayáis sacado una utilidad de 18,000. Es, pues, el marido quien soporta la pérdida y no la comunidad; esto no es

1 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 211, núm. 84 *bis* III.

dudoso, puesto que el art. 1,408 lo dice. Hé aquí, pues, que el marido debe devolver á la comunidad una suma de 2,000 francos aunque haya tenido el derecho de disipar dicha suma; aun más, podrá disipar y perderlo todo y, sin embargo, se vuelve deudor desde que especula empleando los bienes comunes en su interés particular. Se dice que esto es contradictorio y que el principio de Pothier parece ser más lógico.

En realidad no hay contradicción; cuando se dice que el marido puede disipar y perder los bienes comunes, esto es para expresar que es señor y dueño de ellos. Pero esta señoría no es un poder absoluto; ya en el derecho antiguo tenía su límite en el principio de las compensaciones; el Código la estrechó aun más dando una gran extensión á dicho principio. ¿No sería este el motivo por el cual el Código deroga el derecho antiguo? El legislador no quiso conservar el poder absoluto en el seno de la familia, como tampoco en el Estado. No dice ya que el marido es señor y dueño, mucho se cuida de decir que puede disipar y perder los bienes comunes; organiza á la comunidad para el bienestar de los esposos y de los hijos; quiere que los bienes se empleen en interés de la familia; desde que uno de los esposos se sirve de los bienes comunes en interés particular, lo constituye deudor hacia la comunidad por las sumas que tomó en ella; la ley no quiere que especule á expensas de la comunidad, porque esto sería apartar los fondos del destino que deben recibir. La doctrina del Código es, á la vez, más moral y jurídica que la del derecho antiguo.

480. Los autores cuya opinión seguimos han dado al principio una forma que trae perjuicio á nuestra doctrina, porque la fórmula no es exacta. Dicen que el esposo que *toma* una suma de la comunidad la *pide prestada*, y concluyen de ello que debe devolver la suma que ha tomado sin que pueda oponer á la comunidad que el provecho que sacó del

préstamo fué menor que la suma prestada. (1) La fórmula es cómoda y contesta á todas las objeciones, pero no es exacta; de manera que en lugar de fortificar el principio de las compensaciones lo debilita y lo compromete. Esto es lo que M. Colmet de Santerre estableció muy bien. (2) La comunidad no es una persona civil que preste ó pida prestado; no es otra cosa más que ambos esposos asociados, y en esta sociedad el marido sólo es quien obra, sólo él la representa. En este sentido puede decirse que es señor y dueño. Decir que el marido pide prestado á la comunidad, equivaldría á decir que el marido pide á sí mismo; el préstamo entre la comunidad y el marido no es, pues, posible. ¿Se concibe que la comunidad preste y estipule el interés de las sumas que anticipa al marido? Esto sería el marido estipulando intereses contra sí mismo; esto no tiene sentido.

Hay, pues, que abandonar esta explicación; pero de que la explicación no sea exacta hay que cuidarse de concluir que la obligación del esposo no sea la de reembolsar la suma tomada en la comunidad. El esposo es deudor de la compensación cuando toma una suma de los bienes comunes, así como es acreedor á una compensación cuando el precio de sus propios se entrega á la comunidad. ¿Qué importa que no sea ni solicitante ni prestamista? Basta que sea deudor y lo es en virtud de las relaciones que existen entre los esposos y la comunidad; resulta que los esposos, como socios, tienen intereses comunes, un patrimonio común, pero tienen también como propietarios intereses particulares, un patrimonio propio; es menester que no puedan servirse de los bienes comunes en interés que no es el de la comunidad; si lo hacen, es justo que estén obligados á una compensación, y esta compensación debe ser todo lo que tenían de la comunidad, si no ésta perdería. Esto es, sobre todo, importante

1 Marcadé, t. V, pág. 562, núm. I y las autoridades que cita.
2 Colmet de Santerre, t. VI, pág 213, núm. 84 *bis* IV.

para la mujer, que permanece fuera de la administración. En la opinión que combatimos, el marido puede especular á sus anchas á expensas de la comunidad; hará trabajos, construcciones en sus propios: si la especulación sale buena, tendrá todos los beneficios; si la especulación resulta ruinosa, se conformará con devolver á la comunidad la utilidad que sacó; es decir, que arruinará á la comunidad á la vez que aumentará su patrimonio propio. ¿Para esto es para lo que se estableció la comunidad?

II. Aplicación del principio.

481. Hay casos en los que la utilidad del esposo equivale á la suma que tomó de la comunidad; los dos principios contrarios conducen entonces al mismo resultado. Tal es el caso de la compensación prevista por el art. 1,409; el esposo debe 10,000 francos como precio ó parte del precio de un inmueble que compró antes de su matrimonio; la comunidad paga esta suma, tiene derecho á compensación. ¿Por qué cantidad? En nuestra opinión se contesta: por los 20,000 francos que tomó el esposo de la comunidad. En la opinión contraria se dice que el esposo debe compensación hasta concurrencia del beneficio que ha sacado del pago; y aprovecha de cuanto pagó, puesto que hubiera estado obligado á pagar el precio á promoción del vendedor.

Lo mismo sucede cuando uno de los esposos dota á un hijo de primer matrimonio con valores tomados de la comunidad; todos admiten que la compensación es por la totalidad de la suma que toma el esposo en los bienes comunes. (1) La decisión se justifica muy bien según nuestro principio: el esposo toma 20,000 francos y devuelve 20,000. No sucede así en la opinión contraria; ésta estima la cifra de la compensación según la cuotidad del beneficio. ¿Dónde está el

1 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 212, núm. 84 *bis* IV.

préstamo fué menor que la suma prestada. (1) La fórmula es cómoda y contesta á todas las objeciones, pero no es exacta; de manera que en lugar de fortificar el principio de las compensaciones lo debilita y lo compromete. Esto es lo que M. Colmet de Santerre estableció muy bien. (2) La comunidad no es una persona civil que preste ó pida prestado; no es otra cosa más que ambos esposos asociados, y en esta sociedad el marido sólo es quien obra, sólo él la representa. En este sentido puede decirse que es señor y dueño. Decir que el marido pide prestado á la comunidad, equivaldría á decir que el marido pide á sí mismo; el préstamo entre la comunidad y el marido no es, pues, posible. ¿Se concibe que la comunidad preste y estipule el interés de las sumas que anticipa al marido? Esto sería el marido estipulando intereses contra sí mismo; esto no tiene sentido.

Hay, pues, que abandonar esta explicación; pero de que la explicación no sea exacta hay que cuidarse de concluir que la obligación del esposo no sea la de reembolsar la suma tomada en la comunidad. El esposo es deudor de la compensación cuando toma una suma de los bienes comunes, así como es acreedor á una compensación cuando el precio de sus propios se entrega á la comunidad. ¿Qué importa que no sea ni solicitante ni prestamista? Basta que sea deudor y lo es en virtud de las relaciones que existen entre los esposos y la comunidad; resulta que los esposos, como socios, tienen intereses comunes, un patrimonio común, pero tienen también como propietarios intereses particulares, un patrimonio propio; es menester que no puedan servirse de los bienes comunes en interés que no es el de la comunidad; si lo hacen, es justo que estén obligados á una compensación, y esta compensación debe ser todo lo que tenían de la comunidad, si no ésta perdería. Esto es, sobre todo, importante

1 Marcadé, t. V, pág. 562, núm. I y las autoridades que cita.
2 Colmet de Santerre, t. VI, pág 213, núm. 84 *bis* IV.

para la mujer, que permanece fuera de la administración. En la opinión que combatimos, el marido puede especular á sus anchas á expensas de la comunidad; hará trabajos, construcciones en sus propios: si la especulación sale buena, tendrá todos los beneficios; si la especulación resulta ruinosa, se conformará con devolver á la comunidad la utilidad que sacó; es decir, que arruinará á la comunidad á la vez que aumentará su patrimonio propio. ¿Para esto es para lo que se estableció la comunidad?

II. Aplicación del principio.

481. Hay casos en los que la utilidad del esposo equivale á la suma que tomó de la comunidad; los dos principios contrarios conducen entonces al mismo resultado. Tal es el caso de la compensación prevista por el art. 1,409; el esposo debe 10,000 francos como precio ó parte del precio de un inmueble que compró antes de su matrimonio; la comunidad paga esta suma, tiene derecho á compensación. ¿Por qué cantidad? En nuestra opinión se contesta: por los 20,000 francos que tomó el esposo de la comunidad. En la opinión contraria se dice que el esposo debe compensación hasta concurrencia del beneficio que ha sacado del pago; y aprovecha de cuanto pagó, puesto que hubiera estado obligado á pagar el precio á promoción del vendedor.

Lo mismo sucede cuando uno de los esposos dota á un hijo de primer matrimonio con valores tomados de la comunidad; todos admiten que la compensación es por la totalidad de la suma que toma el esposo en los bienes comunes. (1) La decisión se justifica muy bien según nuestro principio: el esposo toma 20,000 francos y devuelve 20,000. No sucede así en la opinión contraria; ésta estima la cifra de la compensación según la cuotidad del beneficio. ¿Dónde está el

1 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 212, núm. 84 *bis* IV.

beneficio que resulta al esposo al dotar á su hijo? Esta es una pura liberalidad; y dar es perder, dicen los jurisconsultos. Por lo tanto, no debería haber lugar á compensación.

482. Hay casos en los cuales la utilidad puede ser menor que la suma tomada en los bienes de la comunidad. Uno de los esposos toma una suma en los bienes comunes para hacer trabajos en su fundo. ¿Por cuánto debe compensación? En la opinión tradicional se distingue. Si los gastos son necesarios, se debe compensación por toda la suma tomada en la comunidad aunque el beneficio propiamente dicho, es decir, la mejora que resulta de dichos trabajos, sea menor que el gasto ó resulte nulo. Esto es una consecuencia de la naturaleza de los gastos llamados necesarios; conservan la cosa, la que perecería si no se hicieran los trabajos conservatorios; y todo buen padre de familia debe conservar la cosa; tomando una suma en la comunidad para hacer estos gastos, el esposo economiza, pues, otro tanto en su patrimonio; en este sentido aprovecha toda la suma y, por tanto, debe compensarla. Así sucedería aunque la cosa conservada mediante los trabajos llegase á perecer; los gastos, no por esto dejarán de ser aprovechados por el esposo propietario; el provecho se estima en el momento en que se hace el gasto, y el gasto es siempre un acto de gestión necesaria, aunque después la cosa llegue á perecer. (1)

Lo mismo pasa con los gastos útiles que se hacen para mejorar una heredad. En la opinión tradicional, se enseña que la compensación por los trabajos de mejora sólo se debe hasta concurrencia de cuanto la heredad ha mejorado cuando la disolución de la comunidad; de manera que si el gasto es de 20,000 francos y la mejora de 15,000, la compensación sólo será de 15,000 francos, y se reducirá al mayor valor que tenga la cosa en el momento de la disolución de

1 Pothier, *De la comunidad*, núm. 635. Colmet de Santerre, t. VI, pág. 212, núm 84 *bis* IV y todos los autores.

la comunidad. (1) Para justificar esta decisión Pothier dice que siendo los gastos útiles de aquellos que puede uno dispensarse hacer, el cónyuge en cuya heredad se hicieron no ahorró otro tanto en su propio patrimonio; si no hubiera encontrado en la comunidad el derecho de que se sirvió para dichos trabajos, no los hubiera emprendido. Sólo aprovecha de ellos en la medida del aumento de valor que dan á su fundo, aumento que debe estimarse en el momento en que la comunidad se disuelve. La diferencia entre el aumento de valor y el gasto es una pérdida para la comunidad. ¿Por qué es la pérdida para la comunidad aunque ésta sólo haya ministrado los fondos? La razón es, dice Pothier, que siendo el marido dueño absoluto de los bienes de la comunidad puede emplear el dinero común en lo que le parece bueno, siempre que no se aventaje ni aventaje á su mujer. (2) Pudo, pues, emplear el dinero en trabajos que quiso hacer sin tener que dar cuenta sino es hasta concurrencia de lo que él ó su mujer les aprovechen.

Como se ve, la doctrina tradicional no tiene otro fundamento que el poder absoluto del marido; hace lo que le place, la comunidad es la que paga. ¿Es esta la doctrina que los autores del Código han consagrado? ¿Es con un régimen semejante con el que entendieron hacer el derecho común de Francia como siendo el más favorable á la prosperidad de la familia? Nó, seguramente. Es verdad que han dado al marido el poder absoluto para administrar y enajenar los bienes comunes, pero esto es en vista del interés de la familia. Desde que el marido obra en interés que le es particular, la ley pone término á su poder absoluto obligándolo á la

1 Pothier, *De la comunidad*, núm. 636. Aubry y Rau, t. V, pág. 368, nota 5, pfo. 511 *bis* y las autoridades que citan. Debe agregarse Metz, 24 de Diciembre de 1869 (Dalloz, 1871, 2, 36). Liejs, 25 de Febrero de 1865 (*Pasicrisia*, 1865, 2, 67).

2 Pothier, *De la comunidad*, núm. 636.

devolución de cuanto toma de la comunidad. Esta restricción del poder que pertenece al marido es esencial si no se quiere que la comunidad esté á su merced. Tal es el objeto del art. 1,437. Se dirá en vano que el marido puede disipar y perder los bienes comunes y hacer cuanto le parece con la sola reserva de no aventajarse; esta reserva era insuficiente. Se encuentran pocos maridos que se diviertan en disipar y perder los bienes comunes; se encontrará á muchos que especulen con la comunidad y con los bienes que la mujer pone en ella; se servirán de ellos para mejorar su propio patrimonio; harán construcciones con excelentes condiciones; el provecho es para ellos, la pérdida para la comunidad; es decir, para la mujer. Sólo hay un medio de prevenir estas especulaciones que vician el régimen de la comunidad en su esencia: es poner como regla que el marido debe devolver todo cuanto toma de la comunidad por interés que le es propio.

¡Cosa notable! Los autores modernos que enseñan la doctrina tradicional no han reproducido los motivos que da Pothier en apoyo de esta doctrina. Ya nada dicen del poder absoluto del marido, sobre todo cuando se trata de gastos útiles; según ellos, no se trata del interés del marido sino del de la comunidad. Se hacen trabajos en un fundo propio del marido ó de la mujer; la comunidad está interesada en la operación, por la que anticipa los fondos necesarios. En efecto, si se mejora un bien propio, siempre es en interés de la comunidad; se trata de aumentar los productos que le pertenecen. Se concluye de esto que si la operación constituye una pérdida para el esposo, la comunidad es quien debe soportarla. (1) ¿Es esto exacto? Analicemos la operación que se pretende haberse hecho casi siempre por interés de la comunidad. El marido toma 20,000 francos de los bienes comunes para hacer una construcción; la comunidad pierde el

1 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 214, núm. 84 *bis* V.

goce de esta suma; esto es, una pérdida de 1,000 francos cada año. ¿Qué gana? Un aumento en los productos; pero se supone que el aumento de valor del inmueble sólo es de 18,000 francos, de manera que lo que gana en producto no compensa lo que pierde en intereses. Seguramente la operación no se hizo en interés de la comunidad, se hace en interés del marido. El tiene un interés permanente en los trabajos que ejecuta: el fundo se mejora con ellos y aumentará de valor á consecuencia de una ley económica, y es el propietario, cuyo derecho es perpetuo, quien aprovechará de este aumento de valor; así el beneficio futuro es seguro para el marido; la pérdida actual y sin compensación es para la comunidad. La equidad, que es el fundamento de las compensaciones, ¿no solicita que la pérdida esté por cuenta del marido ya que tiene las probabilidades de utilidad?

La jurisprudencia, que siempre se ha pronunciado por la doctrina tradicional, parece entrar en una nueva vía. Hay una sentencia reciente de la Corte de París en favor de nuestra opinión; (1) el sentimiento de equidad y de justicia que inspira el Código prevalece sobre el poder absoluto del marido, que es la única base del derecho antiguo.

483. Quedan los gastos de adorno ó lo que se llama gastos de lujo. Pothier dice que si de ellos no resulta un aumento de valor del fundo, el esposo propietario no debe ninguna compensación. No habiéndose hecho más valiosa la heredad el cónyuge no saca ventaja á expensas de la comunidad. Los autores modernos siguen esta opinión, aun aquellos que desechan el principio tradicional. Esto es una inconsecuencia en nuestro concepto. Si se dice con Pothier que el marido tiene el derecho de disipar y perder, es muy lógico admitir que lo tiene para hacer gastos inútiles; la pérdida será, pues, á cargo de la comunidad. Pero si se dese-

1 París, 6 de Agosto de 1872 (Dalloz, 1872, 5, 94, núm. 17). Compárense los autores que hemos citado (Rodière y Pont, t. II, pág. 245, nota 1).

cha este principio hay también que rechazar sus consecuencias. Nuestro principio es que el marido debe compensación desde que emplea el dinero común en interés de sus propios; aplicamos el principio aunque se trate de un sencillo interés de gusto; esto es, un interés que no sea el de la comunidad, luego se debe una compensación á ésta. Se dice en vano que el marido hubiera podido malgastar la suma que empleó en trabajos de lujo; (1) hemos contestado ya que se ven pocos maridos que malgasten la comunidad, mientras que hay muchos que hermosearían sus propios si pudieran hacerlo á expensas de la comunidad ó sea de la mujer. Otros dicen que ambos esposos y, por consiguiente, la comunidad aprovechan de un gasto de lujo en este sentido: que tiene por objeto hacer más agradable el goce que pertenece á la comunidad; por consiguiente, á los esposos. ¡Singular ventaja la que consiste en gastar 10,000, francos que constituyen una pérdida de 500 francos anuales, para gozar durante algunos años de una habitación más agradable! Si dicha habitación pertenece á la comunidad no se tratará de compensación; si pertenece al marido él es quien tendrá la ventaja permanente; él es, pues, quien debe pagarla.

484. El principio de las compensaciones se aplica á la mujer tanto como al marido; los textos no distinguen, y la razón para decidir es la misma. Nada importa á la comunidad quién tome el dinero común, ya sea el marido ó ya sea la mujer. Pierde el dinero: se le debe compensación. Pero la aplicación no tiene las mismas consecuencias en lo que se refiere á la mujer. El marido administra sus bienes propios con un pleno poder de propiedad; si toma fondos de la comunidad debe por ellos compensación; la mujer debe también compensación, pero puede tener un recurso que no

1 Rodière y Pont, t. II, pág. 245, núm 961. Mourlón, t. III, pág. 74, número 170. Marcadé, que primero había admitido el principio de las compensaciones (t. V, pág. 565), se pasó á la opinión general en su última edición.

puede tener el marido. En efecto, al casarse bajo el régimen de la comunidad pierde la administración de sus bienes; el marido es quien los administra legalmente. El es, pues, quien hará los trabajos; y aunque la mujer interviniera, y en rigor de derecho debe intervenir (núm. 129), el marido es en todos los casos el que entrega el dinero y lo paga; si hace trabajos ó si los aprueba pagándolos, administra; y administra mal ejecutando trabajos de lujo ó aun trabajos útiles que no procuran una ventaja equivalente al gasto. Es responsable por su mala gestión. Resulta que la mujer es á la vez deudora y acreedora de la comunidad: deudora de la compensación y acreedora por razón de la acción de daños y perjuicios que tiene contra su marido. En definitiva, quedará obligada por razón de los gastos hechos por su marido sólo hasta concurrencia de la utilidad que sacó, utilidad que representa lo que tiene útil la gestión del marido para ella; sólo los actos de buena gestión son los que la obligan.

485. El principio de las compensaciones se aplica á todos los casos en que uno de los esposos toma en la comunidad una suma para su personal provecho. Es inútil multiplicar los ejamplos. En nuestra opinión no hay ninguna dificultad; el esposo devuelve siempre lo que toma. En la doctrina tradicional debe verse si la utilidad resultante del empleo equivale al monto de la suma tomada en la comunidad: cuestión á veces muy delicada. Creemos inútil detenernos en ella, porque sólo se trata de teoría. Hé aquí un ejemplo: El esposo toma de la comunidad una suma de 10,000 francos para liberar de una servidumbre á un propio suyo, servidumbre que mucho le molesta. ¿Debe compensación por 10,000 francos? Sí, en nuestra opinión. En la opinión contraria es necesario una expertisa; los expertos dirán lo que el fundo vale de más á consecuencia de la liberación de la servidumbre; lo más á menudo, esto será menos de lo que costó la liberación, la comunidad habrá desembolsado 1,000

francos y el esposo sólo le deberá una compensación por 800 francos. (1)

486. Hay una cuestión de compensación que se presenta con frecuencia en materia de derecho fiscal; como es de derecho civil diremos algo de ella. Los esposos adquieren una renta vitalicia con el dinero ó bienes de la comunidad, estipulándola reversible en el supérstite. ¿Debe éste compensación? En nuestra opinión no pertenece en propiedad al supérstite, debe dividir los réditos entre los herederos del cónyuge difunto; es una ganancial (t. XX, núm. 495). Los esposos han pretendido eludir esta dificultad. Hé aquí los términos de la cláusula que dió lugar á una reciente sentencia de la Corte de Casación. Unos esposos venden una ganancial por una renta vitalicia; el acta dice: «Esta renta se capitalizará en provecho del supérstite, quien sólo tendrá derecho, á título de cláusula aleatoria, á la totalidad de dicha renta. Los herederos del que primero muera no tendrán ninguna pretensión que hacer valer respecto de esta renta.» En la opinión que hemos enseñado esta cláusula es nula porque modifica los efectos legales del régimen de la comunidad; convierte una ganancial en propio. La cuestión no fué debatida ante la Corte de Casación; sólo fué discutido el punto de saber si el supérstite debía compensación á la comunidad. Dos sentencias de casación, pronunciadas en términos idénticos, han decidido la cuestión afirmativamente. Los motivos dados por la Corte son de tal manera evidentes que se tiene dificultad en entender que Troplong haya sostenido la opinión contraria. Si la cláusula es válida resulta que el supérstite saca una ventaja particular de los bienes de la comunidad; luego debe compensación, según el art. 1,437. Se objeta que la cláusula es una convención aleatoria de la que ambos esposos sufren las probabilidades. ¿Qué importa?

1 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 215, núm. 84 *bis* VII. Compárese Duranton, t. XIV, pág. 510, núm. 372.

dice la Corte de Casación. Todo cuanto resulta del carácter aleatorio de la convención es que no procura al supérstite un provecho que le es personal; está inseguro cuál de los esposos gozará de la ventaja aleatoria, pero es seguro que lo gozará uno de ellos; y desde que la goza se encuentra en los términos de art. 1,437 y, por consiguiente, debe compensación de la ventaja ó provecho personal, como dice la ley, que saca de los bienes comunes. (1)

¿De qué debe compensación el supérstite? Deben aplicarse los principios que rigen los derechos vitalicios Estos derechos disminuyen constantemente de valor; en el momento en que se abre el derecho del supérstite la renta no vale ya lo que en el momento en que fué constituida; la suma tomada en la comunidad fué aprovechada por la comunidad durante el tiempo que ésta existió, sólo aprovecha al esposo á contar desde la disolución; sólo, pues, debe compensación por la parte de la suma que representa el valor de la renta vitalicia cuando la disolución de la comunidad.

Artículo 2. Cómo se ejercen las compensaciones.

487. Las compensaciones debidas por la comunidad se ejercen por vía de prelaciones (art. 1,433); es decir, que antes de la partición cada esposo toma de la masa de los bienes el precio de sus inmuebles que fueron enajenados durante la comunidad, y las demás indemnizaciones que la comunidad le debe (art. 1,470).

Las compensaciones debidas por los esposos se hacen por vía de devolución; es decir, que los esposos ó sus herederos devuelven á la masa de los bienes existentes lo que adeudan á la comunidad á título de compensación ó de indemnización (art. 1,468).

1 Casación, 20 de Mayo y 30 de Diciembre de 1873 (Dalloz, 1874, 1, 72 y 363). Tal es también la doctrina, excepto el disentimiento de Troplong (Aubry y Rau, t. V, pág. 369, nota 8, pfo. 511 *bis*).

Las devoluciones tienen por objeto completar la masa divisible, haciendo entrar en ella los créditos que la comunidad tiene contra los esposos. Las prelaciones se hacen en la masa, porque se debe deducir de ellas lo que la comunidad debe á los esposos: hay bienes comunes sólo por lo que queda después de hechas estas prelaciones, puesto que éstas comprenden los bienes de los esposos que fueron entregados á la comunidad.

Si uno de los esposos es á la vez deudor por compensación y acreedor á compensación, será acreedor ó deudor definitivo sólo cuando se hayan liquidado sus deudas y sus créditos. La diferencia entre las devoluciones que debe y las compensaciones que se le deben, lo constituirán deudor ó acreedor.

Estos cálculos sólo pueden hacerse después de la disolución de la comunidad, pero la liquidación retrotrae naturalmente al día de la disolución; no crea derechos, le quedan derechos preexistentes. Es, pues, cuando la disolución de la comunidad, cuando cada esposo será acreedor ó deudor.

488. La aplicación de estos principios ha dado lugar á una dificultad en la cual se equivocó una Corte de Casación. Muere una mujer común en bienes dejando un testamento por el cual instituye un legatario de todos sus inmuebles, y lega todos sus muebles á su marido. Algunos meses después muere el marido, instituyendo por legatarias universales á sus dos hermanas. La mujer tenía devoluciones que hacer y compensaciones que ejercer. En cuanto á sus devoluciones, era deudora. ¿Quién debía soportar estas deudas? La Corte de Rouen puso las deudas á cargo de las legatarias á título de universales, luego como partes á cargo del legatario de los inmuebles. Antes de fijar el pago de las compensaciones pasivas deberían haberse liquidado las compensaciones activas, con el fin de ver si la mujer era realmente deudora; y resultaba de las cifras de las devoluciones, comparadas

con las de las compensaciones, que en lugar de ser deudora la mujer era acreedora; la Corte había, pues, impuesto al legatario de los inmuebles una deuda que no existía. La Corte de Casación restableció los verdaderos principios, principios enteramente elementales: Cuando una comunidad que existió entre esposos está para dividirse á la vez que la sucesión de uno de los esposos, se debe primero establecer la masa activa y la masa pasiva de la comunidad, tal cual eran compuestas en el momento de su disolución, para atribuir, si hay lugar á la sucesión del marido, la parte que le toca en la comunidad. Entre los elementos de la masa activa ó pasiva figuran las sumas de que son acreedores los esposos á título de compensaciónes, ó deudores á título de devoluciones. Es, pues, necesaria una liquidación previa que establezca esta calidad de deudor ó acreedor; sólo puede resultar del balance hecho entre el total de las devoluciones y el total de las compensaciones. Si el balance demuestra que cuando la disolución de la comunidad el monto de las devoluciones excedía al monto de las debidas por la mujer, resulta que no era deudora hacia la comunidad. Por lo tanto, no había lugar á hacer contribuir los diversos legatarios en una deuda que no existía. En este caso, el saldo de la cuenta de la comunidad tendrá por efecto establecer la suma que deberá entrar en el activo de la sucesión para dividir entre los legatarios según sus derechos. (1)

§ I.—Devolucion de las indemnizaciones debidas a la comunidad.

Núm. 1. Carácter de estas indemnizaciones.

489. El art. 1,437 dice que el esposo que sacó un provecho personal de los bienes de la comunidad *debe* por ello

1 Casación, 15 de Mayo de 1872 (Dalloz, 1872, 1, 197).

compensación. Es, pues, *deudor* de la suma que ha tomado en los bienes comunes y, como tal, está obligado personalmente. Poco importa que sea esto por haber pedido prestado ó de cualquiera otra manera: la ley dice que *debe*, y aquel que *debe* está obligado á pagar su deuda. No es, pues, en calidad de esposo común en bienes por lo que el deudor debe la compensación que tiene que pagar, es como deudor personal. La mujer pierde la calidad de mujer común cuando renuncia; queda, no obstante, obligada por las indemnizaciones que debe á la comunidad, así como tiene derecho á reclamar las indemnizaciones que le pueden deber la comunidad. (1) Este carácter de las compensaciones viene en apoyo de lo que hemos dicho del monto de las indemnizaciones que tienen que soportar los esposos; no se trata de un interés común como se pretende, puesto que todo interés común cesa cuando la mujer renuncia; lo que no impide que sea acreedora de las compensaciones (núms. 468 y 479).

490. Según el art. 1,468, la devolución de las compensaciones se hace en la masa de los bienes existentes cuando la disolución de la comunidad. Es, pues, en este momento cuando se fijan la indemnizaciones. Aunque el esposo sea deudor en el momento en que toma la suma de la comunidad por interés personal, no paga inmediatamente esta deuda; puede suceder que también tenga derecho á una indemnización contra la comunidad; no se conoce, pues, el monto de su deuda; aun hay más, el balance puede resultar en su favor, de manera que en lugar de ser deudor será acreedor. Síguese de esto que el arreglo de las respectivas compensaciones sólo puede hacerse en la disolución de la comunidad.

Este arreglo da lugar á una dificultad. Cuando el esposo toma una suma de los bienes comunes, quita á la comunidad el goce de esta suma: ¿debe el esposo indemnizarla por esta pérdida pagando los intereses? Esto debiera ser si la

1 Aubry y Rau, t. V, pág. 369, 3.°, pfo. 511 *bis* (4.ª edición).

comunidad fuera una persona civil; las relaciones entre esposos serían entonces las que nacen de un préstamo, y, por consiguiente, habría lugar, según el derecho común, al pago del capital y de los intereses. Pero la comunidad no tiene existencia independiente de los esposos, estos asociados son los que constituyen la comunidad. De esto resulta que las relaciones de los esposos con la comunidad tienen un carácter particular: el esposo que toma 1,000 francos de la comunidad es deudor personal de esta suma; si pagase los réditos de las indemnizaciones, se los pagaría á sí mismo, cuando menos por la parte que tiene en la comunidad. Por otro lado, la comunidad aprovecha de las operaciones para las que el esposo toma una suma de los bienes comunes. (1) Si, pues, se quisieran fijar los derechos respectivos de los esposos asociados y de los esposos deudores y acreedores, habría que tener en cuenta el resultado de las operaciones, resultado que á menudo sólo se produce á la larga. El arreglo de las indemnizaciones durante el curso de la comunidad y la obligación de pagar los intereses hubieran suscitado dificultades incesantes entre los esposos. Mejor fuera aplazar este arreglo hasta la disolución de la comunidad y dispensar á los esposos deudores de pagar los intereses durante la comunidad. A este respecto, las relaciones entre los esposos y la comunidad no son las que existen entre acreedores y deudores ordinarios; el uno puede perder, el otro ganar en ellas; la ley no tiene en cuenta alguna las ganancias ó las pérdidas mientras dura la comunidad. Los lazos de efecto que existen entre los esposos explican el carácter espécial que tienen las compensaciones de que son deudores ó acreedores.

Pero, á la disolución de la comunidad, los esposos entran en el derecho común. El art. 1,473 dice: «Los reemplazos y recompensas debidas por la comunidad á los esposos, y las compensaciones é indemnizaciones por ellos debidas á la co-

1 Pothier, *De la comunidad*, núm. 895.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

munidad, implican los intereses de derecho pleno desde el día de la disolución de la comunidad.» Se concibe que los intereses se deban, puesto que las relaciones llegan á ser las de acreedores y deudores ordinarios; pero ¿por qué de derecho pleno? En cuanto á esto el art. 1,473 deroga el derecho común; los intereses se deben en virtud de una estipulación ó á consecuencia de una demanda judicial; sólo es por excepción como corren de derecho pleno. ¿Cuál es la razón de esta excepción en lo que se refiere á las compensaciones? Cuando el esposo debe una indemnización es porque tomó una suma de la comunidad; luego por haberse apropiado un valor que, después de la disolución, debe hacer parte de la masa divisible; y es de principio que los intereses aprovechan á la masa; si el esposo gozare, después de la disolución de la comunidad, de un bien común, debiera dar cuenta de su goce, devolviendo los frutos á la masa; por la misma razón los intereses de las indemnizaciones, pues éstas comprenden también bienes comunes. (1)

Núm 2. Cómo se hace la devolución.

491. El art. 1,468 dice que los esposos ó sus herederos devuelven á la masa de los bienes existentes lo que adeudan á la comunidad á título de compensaciones ó de indemnizaciones. Resulta de los términos de la ley que la devolución se hace, en principio, por la entrega de la suma á la masa común: esto es la devolución en naturaleza. Sin embargo, el pago puede hacerse por compensación; esto es el derecho común para todas las deudas cuando tienen los caracteres determinados por la ley para que la compensación pueda operarse. La liquidación de las compensaciones debidas á

1 Los autores no están acordes en los motivos del art. 1469. Véanse Aubry y Rau, t. V, pág. 359, nota 14, pfo. 511; Rodiére y Pont, t. II, pág. 246, número 962; Troplong, t. II, pág. 51, núms. 1658 y 1659; Colmet de Santerre, t. VI, pág. 298, núm. 133 *bis*.

los esposos se hace á la vez que las compensaciones que los esposos deben á la comunidad; no puede, pues, decirse de un modo absoluto que el esposo es deudor de las sumas que tomó en la comunidad, cuando puede ser acreedor por iguales ó mayores sumas que le deba la comunidad. Deudor de 10,000 francos que tomó de la comunidad, si es acreedor por 15,000 francos que forman el precio de un propio entregado á la comunidad, será realmente acreedor por 5,000 francos, y en lugar de devolver 10,000 francos podrá reclamar un crédito de 5,000. La compensación puede también disminuir la deuda; sólo debe devolver lo que sale debiendo después de deducido lo que constituye su crédito. Se ha cortestado este principio de la compensación en materia de recompensa, pero malamente. La compensación extingue las deudas tanto como el pago. Poco importa, pues, que el artículo 1,468 sólo hable del pago, esto no excluye la compensación. La Corte de Casación de Bélgica lo sentenció así, y esto no es dudoso. (1)

492. La devolución no debe necesariamente hacerse en naturaleza, se hace ordinariamente por ficción. Pothier lo dice; esto es, pues, una práctica tradicional. (2) Puede hacerse de dos modos.

Primero: agregando á la masa de los bienes el crédito que la comunidad tiene contra el esposo deudor, y deduciéndola después de su parte. Los bienes existentes valen 90,000 francos; el marido debe una indemnización de 10,000 francos; el activo es, pues, de 100,000 francos. Cuando la partición la mujer tomará 50,000 francos y se deducirá al marido la deuda de 10,000 francos á que está obligado para con la comunidad; sólo recibirá, pues, 40,000 francos. Este procedimiento es más sencillo que si el marido tuviera que devolver á la comunidad los 10,000 francos para volverlos á

1 Denegada, 17 de Diciembre de 1863 (*Pasicrisia*, 1864, 1, 240). Compárese Pothier, *De la comunidad*, núm. 705.
2 Pothier, *De la comunidad*, núm. 705.

tomar cuando la partición; retiene los 10,000 francos en lugar de pagarlos y de recibirlos después en su parte. Esto es la devolución tomando menos.

La devolución ficticia puede también hacerse por vía de prelación en provecho del esposo que no es deudor; en lugar de agregar á la masa de los bienes existentes los 10,000 francos que debe, el marido deja que su mujer tome antes de partir una suma igual; después se dividen los 80,000 francos que quedan; lo que dará al marido 40,000 y á la mujer 50,000 francos. El resultado es idéntico.

Hay un tercer modo de hacer la devolución ficticia, se conoce en la práctica con el nombre de *mi-denier* (medio dinero). Consiste en dividir la comunidad como si nada le fuere debido por uno de los esposos, á reserva después de que el esposo deudor pague á su cónyuge la mitad de su propia deuda, extinguiéndose la otra mitad en su persona por vía de confusión. En la masa de 90,000 francos cada cónyuge toma la mitad, 45,000 francos; el marido paga á la mujer la mitad de lo que debía á la comunidad; es decir, 5,000 francos; la otra mitad de la deuda se extingue por confusión, puesto que el marido tenía que pagarse á sí mismo. (1)

Los notarios pueden escoger entre estos varios procedimientos, según convenga á las partes. Se podrá objetar en contra del tercer procedimiento que no está conforme con la letra de la ley: ésta supone una devolución hecha á la masa antes de la partición, mientras que la *mi-denier* sólo se practica después de la partición. Pero si las partes están acordes esto importa poco, el orden público no se halla en causa y las partes arreglan sus intereses privados como mejor les gusta.

493. ¿Puede siempre hacerse la devolución por ficción? Nó, es necesario que la devolución ficticia produzca el mismo resultado que la devolución natural. Esto es lo que sucede en el ejemplo que hemos tomado en Pothier y en casos análogos; es decir, cuando la parte que toca al esposo deudor en la comunidad es superior ó cuando menos igual á la compensación que tiene que dar. Si su parte de comunidad es inferior á la suma que tiene que entregar, debe devolver ésta en naturaleza, si no la devolución no sería real. Los bienes existentes á la disolución de la comunidad llegan á 10,000 francos, el marido debe 20,000; el activo es, pues, de 30,000 francos, cuya mitad debe recibir la mujer, ó sean 15,000 francos. ¿Le daría esta suma la devolución ficticia? Nó, pues la devolución ficticia nada pone en la masa; la mujer sólo encontraría, pues, en ella 10,000 francos; es decir, 5,000 menos de lo que debe percibir. El marido, en el caso, debiera poner 5,000 francos en la masa; pagaría así su deuda de 20,000; 15,000 tomando menos y 5,000 en naturaleza. (1)

1 Rodière y Pont, t. III, pág. 339, núm. 1069.

494. Hay un caso en el cual la devolución debe hecerse siempre en naturaleza; es cuando la mujer ó sus herederos lo exigen así. Según el art. 1,471, la mujer tiene derecho de ejercer sus prelaciones ó sus devoluciones en los bienes de la comunidad, al contado, con muebles ó con inmuebles; sólo en caso de insuficiencia de los bienes de la comunidad es cuando ejerce sus devoluciones en los bienes personales del marido. Y las compensaciones de las que es deudor el marido, son valores tomados en la comunidad; la mujer tiene, pues, derecho para exigir que la devolución sea real para que pueda ejercer en ella sus devoluciones. (2)

495. Cada esposo puede ser deudor de recompensas. Se pregunta si las devoluciones pueden hacerse por vía de compensación. Es seguro que no se trata de compensación legal. Para que haya lugar á compensación, es necesario que dos personas sean deudoras la una para con la otra; y los esposos

1 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 285, núm. 127 *bis* III.
2 Casación, 16 de Abril de 1862 (Dalloz, 1862, 1, 276).

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

que deben recompensas no son deudores el uno para con el otro, son deudores de la masa. Se dirá en vano que la masa es la comunidad y que la comunidad son los esposos; no resulta de ello que los esposos deudores de la masa lo sean también entre sí; el mismo texto del Código lo dice; distingue las recompensas que los esposos deben á la comunidad y las deudas que tiene el uno para con el otro: las primeras están sometidas á principios especiales que no rigen á las segundas (art. 1,478). Es porque la comunidad, aunque no forme persona civil, se distingue, no obstante, de los esposos; son los esposos asociados; no puede, pues, decirse que la masa se confunde con los esposos y que, por consiguiente, la compensación legal es imposible. (1)

496. Sin embargo, no debe concluirse de esto que, en este caso, la devolución deba hacerse necesariamente en naturaleza. Pothier dice que cuando el marido y la mujer son deudores cada cual hacia la comunidad, uno por 6,000 francos y el otro por 4,000, pueden compensarse de dos maneras. La primera consiste en agregar á la masa de los bienes existentes los créditos que tiene la comunidad contra ellos, y descontarles después á cada uno el crédito que tiene la comunidad en su contra. La segunda es hacer hasta concurrencia debida *compensación* de las sumas de que es deudor cada esposo, y hacer después una prelación en la masa, por aquel que menos debía, igual á la suma que debía el esposo mayor deudor, hecha dicha *compensación*. Si la mujer era deudora de 4,000 francos y el marido de 6,000, la *compensación* se haría hasta concurrencia de 4,000 francos; de manera que el marido sólo debería devolver 2,000 francos. (2) Lo que dice Pothier no está en oposición con lo que acabamos de enseñar (núm. 495); la *compensación* de que habla

1 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 285, núm. 127 *bis* IV.
2 Pothier, *De la comunidad*, núm. 706. Rodière y Pont, t. II, pág. 339, número 1070.

no es la compensación legal del Código Civil, es la compensación vulgar; es decir, una devolución ficticia que se hace tomando menos y que tiene, generalmente, el mismo efecto que la devolución real. Si el marido y la mujer tienen cada uno una deuda de 1,000 francos, y si devuelven en naturaleza, la masa comprenderá 2,000 francos más y, por consiguiente, cada uno tendrá 1,000 francos más en su parte; pero, ¿de qué sirve dar con una mano 1,000 francos para recogerlos con la otra? Es más sencillo guardarlos; es decir, pagar tomando menos.

497. No siempre pueden los esposos proceder como lo dice Pothier. No lo pueden cuando este procedimiento perjudicaría á la mujer ó al marido. Los esposos deben cada uno 10,000 francos; la mujer tiene devoluciones que ejercer por valor de 40,000 francos, y sólo hay 20,000 francos existentes en bienes. Si la deuda del marido se compensa con la de la mujer, la masa sólo será de 20,000 francos. Resultará, primero, que la mujer no podrá cubrirse de sus devoluciones en los bienes de la comunidad, como tiene derecho para ello; puede, pues, exigir que la devolución de las deudas se haga en naturaleza (núm. 495). Por otro lado, el marido está interesado en que la devolución se haga en naturaleza, pues si la mujer sólo encuentra 20,000 francos en la comunidad, cuando tiene derecho á una devolución de 40,000 tendrá, pues, el derecho de demandar al marido en sus bienes personales por los 20,000 francos que le faltan, deduciendo, sin embargo, 10,000 que por su lado debe ella. En definitiva, cada uno de los esposos tiene derecho é interés en que la devolución se haga en naturaleza á reserva de deducir lo que debe de lo que se le debe á título de recompensa.

Los terceros acreedores pueden también estar interesados en que la devolución se haga en naturaleza. Si la comunidad es de 20,000 francos y cada esposo es deudor

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 (Dalloz, 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) (*Pasicrisia*, 1867, 1, 320).

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 (Dalloz, 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) (*Pasicrisia*, 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 dejóse 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, núms. 128 *bis* II y III.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

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 prelaciones 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. Transladamos 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 é 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; transladamos 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 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; puesto 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 qne 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.

so por la misma razón por la cual la comunidad tiene derecho á los intereses y á los frutos de las indemnizaciones que 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; puesto 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 qne 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.

505. Cuando la mujer ejerce sus devoluciones en los inmuebles de la comunidad, la ley le permite escoger los inmuebles así como á sus herederos (art. 1,471). ¿Cuál es la razón de esta disposición? Los autores no están acordes, y el disentimiento acerca de los motivos conduce á controversias en la aplicación de la ley. Importa, pues, precisarlas. En la opinión generalmente seguida se dice que la elección conferida á la mujer es una consecuencia de las dos cualidades que reune en su persona, las de acreedora y copropietaria de bienes comunes. A título de acreedora puede embargar los bienes; á título de copropietaria puede escoger aquellos que le convienen. (1) La explicación nos parece insuficiente y aun inexacta. Es verdad qne la mujer acreedora á una recompensa es también copropietaria de los bienes comprendidos en la masa; pero estos son dos derechos muy distintos y que hay que cuidarse de confundir. ¿Cuál es el derecho de un copropietario de bienes por indiviso? Puede pedir la partición. Si además es acreedor de la masa divisible ¿puede escoger entre los inmuebles aquellos que más le agraden para cubrirse de lo que se le debe? Nó, seguramente; como acreedor no tiene otro derecho más de obtener el pago de lo que se le debe en dinero contante. La elección que el art. 1,471 confiere á la mujer es, pues, un derecho excepcional; (2) puede explicarse como excepción, pero hay que cuidarse de hacer de ella una regla. La mujer que tiene una devolución tiene derecho á ella ordinariamente á título de indemnización por un propio que enajenó y cuyo precio entregó á la comunidad: la equidad quiere que á falta de reemplazo pueda volver á tomar un inmueble en pago de aquel que se le debe. Y desde que se le da este derecho se le debe también dar la elección, porque todas las gananciales pueden no convenirle; ella no es quien las compró, es su marido; es, pues, equitativo conferirle elección. Este es el motivo que da Bourjón: «Para su devolución, dice, la mujer y sus herederos tienen desde luego elección en todos los efectos de la comunidad, porque todo cuanto la compone es hecho del marido, y sólo fué espectadora, y espectadora muda, por su estado, de la administración total de su marido.» (1)

1 Aubry y Rau, t. V, pág. 362, pfo. 511 (4.ª edición).
2 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 289, núm. 131 *bis* I.

506. El art. 1,471 no dice que la mujer tenga elección en los muebles. Sin embargo, todos los autores se la conceden. (2) En estricto derecho habría que negársela. Si es verdad que el derecho de escoger los efectos para pagarse de lo que se le debe, es una excepción, la disposición del art. 1,471 es por esto mismo de rigurosa interpretación. Se dirá en vano que hay analogía, y aun más, argumento á *fortiori*; aunque así fuera no se podría extender una disposición que consagra una verdadera anomalía, dando al acreedor el derecho de pagarse con tal efecto que le gusta escoger. Ni siquiera existe la analogía. Hay una razón de equidad para dar á la mujer la elección de los inmuebles. En cuanto á los muebles ¿qué importa? Si no gustan á la mujer los venderá; los efectos muebles tienen un precio corriente por el que siempre se encuentran compradores. No sucede así con los inmuebles. Se invoca la tradición. El argumento sería decisivo si fuera seguro que la ley ha seguido la tradición en esta materia. Pero aun esto está controvertido y dudoso, como lo vamos á decir. Cuando hay tantas razones para dudar ¿no es lo más seguro atenerse al texto?

507. El texto del art. 1,471 presenta otra dificultad; comienza por decir que las prelaciones de la mujer se ejercen antes que las del marido; después agrega: «Se ejercen *para los bienes que ya no existen en naturaleza*, primero en dinero contante, etc.» ¿Debe concluirse de esto que el art. 1,471 sólo se aplica en el caso en el que la mujer tiene devoluciones

1 Bourjón, *Derecho común de Francia*, t. I, pág. 530, núms. VI y VII.
2 Toullier, t. VII, 1, pág. 161, núms. 185. Rodière y Pont, t. II, pág. 346, núm 1078.

que ejercer por sus propios enajenados sin reemplazos? La La Corte de Lyon interpretó la ley en este sentido: Se atuvo al texto que, dice ella, es de tal modo restrictivo que es imposible extender la ley á otras indemnizaciones. (1) Esta opinión no encontró eco; todos los autores la condenan y con razón. Creemos también que la ley es restrictiva, pero si no se pueden extender las leyes restrictivas, y sobre todo las leyes excepcionales, se tiene el derecho y el deber de interpretarlas. ¿Qué quieren decir estas palabras del art. 1,471: *para los bienes que ya no existen en naturaleza?* Ya hemos contestado que están por demás tanto como el núm. 1 del art. 1,470 al que se refieren: Suponen que hay lugar á prelaciones para los propios que existen en naturaleza, lo que es inexacto. Si estas palabras están por demás es interpretar mal la ley al ver en ellas una condición. Aun hay más; aunque se apegue uno á la letra de la ley debe apartarse la inpretación de la Corte de Lyon. ¿Cuáles son *los bienes que no existen en naturaleza*, como dice el art. 1,471? Son los propios que fueron directa ó indirectamente entregados á la comunidad, pues no puede haber devolución sino por los propios que fueron empleados en provecho de la comunidad. Se puede, pues, decir en todos los casos en que hay lugar á compensación, que los bienes no existen en naturaleza. Esto equivale á decir que el art. 1,471 es general por el texto como lo es por los principios. No invocaremos la tradición, puesto que en esta materia no se puede afirmar que los autores del Código hayan pretendido seguirla. (2)

Hay una sentencia de la Corte de Orleáns en este sentido. Una mujer común se había obligado solidariamente con su marido; pidió la separación de bienes y cuando la liquidación de la comunidad reclamó compensación por la obligación que había contraído en interés de la comunidad. El art. 1,431 le aseguraba una indemnización en el caso. Pero el marido sostenía que era un simple crédito que no le daba derecho á prelación. Las recompensas son, en efecto, créditos de particular naturaleza y regidos por principios especiales; para que haya lugar á recompensa en provecho de un esposo es necesario que el dinero á él propio haya sido entregado á la comunidad (art. 1,433), y en el caso sólo había un compromiso consentido por la mujer. Esto era argüir mal; aquel que obliga su persona obliga sus bienes; los bienes de la mujer estaban, pues, comprometidos en interés de la comunidad; por lo tanto, se podía invocar el principio que consagra la aplicación el art. 1,433: la comunidad debía compensación á la mujer porque había sacado un provecho de los bienes de ésta (núm. 449). Quedaba por saber si el art. 1,471 era aplicable á la indemnización que concede el art. 1,431 á la mujer. El espíritu de la ley, dice la Corte de Orleáns, no deja ninguna duda. No se concihe que la ley establezca distinciones entre las indemnizaciones á las que tiene derecho la mujer: ¿por qué había de tratar al crédito naciendo de la venta de un propio con más favor que la obligación que la mujer contrae y que compromete sus bienes presentes y futuros? (1)

508. Cuando las prelaciones se ejercen en los efectos muebles ó inmuebles de la comunidad, se presenta una dificultad de hecho: ¿á qué precio se estimarán los objetos que toma el esposo en pago de lo que se le debe? Las prelaciones son una operación preliminar de la partición; se hacen, pues, contradictoriamente con el cónyuge ó sus herederos. Si las partes interesadas no están acordes en el valor de los efectos tomados por el esposo acreedor de la recompensa, se ocurrirá á una expertisa. (2)

1 Lyon, 3 de Marzo de 1841 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 2378).
2 Rodiére y Pont, t. II, pág. 343, núm. 1075. Marcadé, t. V, pág. 624, número II del art. 1472. Colmet de Santerre, t. VI, pág. 289, núm. 131 *bis* II.

1 Orleáns, 3 de Diciembre de 1857 (Dalloz, 1858, 2, 165).
2 Aubry y Rau, t. V, pág. 361, pfo. 511 (4.ª edición).

509. El orden establecido por el art. 1,471 para el ejercicio de las prelaciones ¿recibe excepciones? No hay excepción en la ley; no se puede, pues, admitirlas sino cuando los principios generales de derecho autorizan al intérprete para ello. Es de doctrina y de jurisprudencia que no hay lugar á la prelación en naturaleza de los inmuebles cuando no pueden dividirse. En efecto, los inmuebles que no pueden dividirse cómodamente y sin pérdida son licitados; por consiguiente, es imposible que el esposo acreedor los tome cuando su crédito no le da derecho más que á una parte del inmueble; en vano se le atribuiría una parte indivisa, puesto que la licitación es necesaria, lo que conduce á un derecho sobre el precio. La excepción está, pues, fundada en un texto de la ley (art. 1,686) y sobre este principio: que el orden establecido por la ley para las prelaciones no puede ser seguido cuando es imposible la aplicación de la ley. (1) Esto supone que hay partes interesadas que se oponen á la prelación de una parte indivisa en un inmueble; (2) el art. 1,471 no es una disposición de orden público; desde luego las partes quedan libres para arreglar sus intereses como les convenga. (3)

La Corte de Casación parece admitir otros casos en los que las prelaciones no se pueden ejercer en naturaleza en inmuebles de la comunidad. Primero, cuando el precio no ha sido pagado; teniendo el vendedor acción resolutoria, los inmuebles están expuestos á ser embargados á consecuencia del privilegio que pertenece al vendedor, lo que destruye el derecho del esposo y lo obliga á conformarse con una parte del precio; tanto más vale no ejercer las prelaciones en naturaleza, á reserva de provocar la venta de objetos muebles

1 Rodière y Pont, t. II, pág 344, núm. 1077. Denegada, 7 de Mayo de 1855 (Dalloz, 1855, 1, 410).
2 Orleáns, 3 de Diciembre de 1857 (Dalloz, 1858, 2, 165).
3 Denegada de la Corte de Casación de Bélgica, 6 de Febrero de 1863 (*Pasicrisia*, 1863, 1, 424).

ó inmuebles pertenecientes á la comunidad. Esto es menos una cuestión de derecho que un arreglo de intereses; si conviene al esposo tomar un inmueble sujeto á la acción resolutoria, ningún principio se opone á ello, pues la venta, aunque sujeta á resolución, es translativa de propiedad; el inmueble pertenece, pues, á la comunidad y, por consiguiente, la mujer que tiene elección en los inmuebles puede tomarlos en pago de su indemnización. Por esto la Corte de Casación no considera el caso como una verdadera excepción; este es un motivo que alega en apoyo de la decisión que pronunció en un caso en el cual el inmueble era indivisible. Es inútil insistir en otro considerando de la misma sentencia; este es también un motivo en apoyo de la resolución dada por la Corte á la cuestión de saber si la sentencia atacada había violado la ley rehusando admitir la prelación en naturaleza en el caso en que el inmueble se reconocía como indivisible. (1) La única consecuencia jurídica que pueda sacarse de la sentencia es que no hay lugar á la prelación en naturaleza cuando la licitación es necesaria; lo que equivale al principio tal como lo hemos formulado: el art. 1,471 recibe excepción cuando la prelación en naturaleza es imposible.

510. Otra dificultad fué sometida á la Corte de Casación. Los herederos de la mujer pedían tomar un inmueble de la comunidad en pago de una compensación que se les debía por el precio de un propio; el marido les objetaba que, según el art. 1,471, no podían tomar los inmuebles sino subsidiariamente; que debían, ante todo, ejercer su devolución en los muebles. Esto es imposible, replicaban los herederos; veintidós años han pasado desde la disolución de la comunidad; no habiendo hecho el marido supérstite ningún inventario, ¿cómo podremos saber si existían efectos muebles y si estos efectos existen aún? Entonces el marido pi-

1 Denegada, 7 de Mayo de 1855 (Dalloz, 1855, 1, 410).

dió probar por testigos la consistencia del mobiliar componiendo el activo de la comunidad. La Corte de Caen desechó esta pretensión: ¿cómo permitir la prueba testimonial al marido cuando podía y debía, en virtud de la ley, hacer inventario, lo que le daba una prueba literal de la existencia y de la importancia del mobiliar? En el recurso intervino una sentencia de denegada. La Corte decidió que los herederos no podían ejercer su prelación en el numerario ni en los muebles de la comunidad, puesto que nada hacía constar que hubiese mobiliar ó dinero en la comunidad, no habiendo hecho inventario el marido en que constara la consistencia de los efectos muebles. Había también imposibilidad legal. Es verdad que la ley permite á los herederos de la mujer dar la prueba de la consistencia del mobiliar no inventariado por testigos y aun por la fama pública; pero este es derecho para ellos y no una obligación, y el marido no podía prevalerse de un derecho establecido en su contra. En definitiva, había imposibilidad legal para ejercer la prelación en los muebles, en este sentido: que la prueba legal por inventario era imposible por culpa del marido. (1)

511. Otra es la cuestión de saber si la prelación en efectos muebles ó inmuebles es una obligación que la ley impone á los esposos. La cuestión está controvertida en doctrina y en jurisprudencia. En nuestro concepto la ley da un derecho al esposo acreedor á la compensación, derecho excepcional y de favor á que puede, por consiguiente, renunciar para atenerse al derecho común. El esposo es acreedor á una indemnización; es decir, á una suma de dinero; según el derecho común puede exigir que se le pague en numerario; en efecto, según el art. 1,243 el acreedor no puede estar obligado á recibir otra cosa que la que se le debe, aunque el valor de la cosa ofrecida sea igual ó mayor. El art. 1,471 deroga á esta regla; ¿es esto por dar favor al esposo acreedor á

1 Denegada, 1.° de Diciembre de 1852 (Dalloz, 1852, 1, 122).

una compensación? Esto es imposible, pues las compensaciones son los créditos más favorecidos (núm. 504), y es por razón de este favor por lo que la ley permite al esposo ejercer sus prelaciones en naturaleza; es, pues, un derecho que pretende concederle y no una obligación que quiere imponerle. ¿Se negará que el art. 1,472 contiene una disposición de favor? El mismo texto de la ley prueba que quiso favorecer al esposo y, sobre todo, á la mujer, pues, cosa notable, el texto sólo se ocupa de esta última. ¿Y qué dice? Que la elección de los inmuebles se confiere á la mujer y á sus herederos. ¿Se concibe que el legislador que da á la mujer un derecho exhorbitante le imponga este privilegio como una obligación? Esto sería contradictorio y absurdo. ¡Cómo! dirá la mujer, se me permite escoger los más valiosos objetos para pagarme de mi crédito y se me obliga á tomar efectos que me son inútiles y que tendré la necesidad de vender. No hay inmuebles; todo lo mueble consiste en una rica biblioteca, en una colección de cuadros, ¿y se obligará á la mujer á tomar en pago libros y objetos de arte? Esto es voltear en su contra un derecho que fué establecido en su favor. ¿Por qué no permitir renunciar á un favor cuando éste fuese perjudicial á la mujer? ¿Y por qué no permitirle atenerse al derecho común? (1)

La jurisprudencia de las cortes de Bélgica está en este sentido, (2) mientras que la jurisprudencia francesa se inclina hacia la opinión contraria. (3) Una sentencia de la Corte de París, redactada con mucho cuidado, intenta probar que la disposición del art. 1,471 es obligatoria para la mujer. El

1 Véanse, en sentidos diversos, los autores citados por Aubry y Rau, t. V, pág. 361, nota 25, pfo. 511. Agréguese, en el sentido de nuestra opinión, Colmet de Santerre, t. VI, pág. 289, núm. 131 *bis* I.

2 Denegada, 6 de Febrero de 1863 (*Pasicrisia*, 1863, 1, 424). Lieja, 16 de Noviembre de 1872 (*ibid.*, 1873, 2, 64).

3 Denegada, 2 de Junio de 1862 (Dalloz, 1862, 1, 420) en el sentido de nuestra opinión. En sentido contrario, Metz, 10 de Abril de 1862 (id., 1862, 2, 141) y París, 24 de Julio de 1869 (id., 1870, 2, 25).

art. 1,471, dice la Corte, hace parte de un conjunto de disposiciones que tienen por objeto la reglamentación de las indemnizaciones á las que tienen derecho los esposos. Son créditos, es verdad, pero son de una naturaleza especial, y su cobro se hace también según reglas especiales. La mujer no puede infringir estas reglas tomando de ellas lo que le conviene y repudiar lo que no le gusta. El art. 1,471 comienza con una disposición cuyo carácter imperativo es incontestable: "Las prelacicnes de la mujer se ejercen antes de ejercer las del marido." Si la primera parte del artículo es imperativa, no se concibe que la segunda sea facultativa. Nos parece que la cuestión está mal presentada. Sin duda, las compensaciones son créditos de especial naturaleza, pero ¿en qué sentido y con qué efecto? Son más favorables que los créditos ordinarios, particularmente las devoluciones de la mujer: esta es la razón de los arts. 1,470 y 1,471. Las reglas especiales que la ley establece para el pago de las compensaciones ¿son de orden público? Nó, tienen únicamente por objeto garantizar intereses pecuniarios. Desde luego importa poco que los arts. 1,470 y 1,471 estén redactados en forma imperativa; no por esto dejan de ser disposiciones de interés privado; de esto resulta que la ley debe permitir á los esposos usar de ellas según su interés. Si la mujer encuentra que es de su interés ser pagada en numerario, renunciando á la prelación en naturaleza, tiene derecho para ello, pues puede renunciar al beneficio que el art. 1,471 introduce en su favor y reclamar el derecho que pertenece á cualquier acreedor.

512. La aplicación de la ley presenta otra dificultad. De que el art. 1,471 es facultativo se concluye que el esposo demandado ó sus herederos pueden impedir la prelación en naturaleza ofreciendo pagar la compensación en dinero, y aun haciendo vender efectos de la comunidad hasta concurrencia de lo debido. Esto parece ser lógico y, sin embargo, es contradictorio con el texto y con el espíritu de la ley. El art. 1,471 da un derecho absoluto al esposo acreedor á una compensación absoluta en este sentido: que tiene derecho á pagar con efectos de la comunidad. Y el derecho sería ilusorio si dependiera del demandado suspender su ejercicio ofreciendo dinero provocando la venta de bienes comunes. La Corte de París, en la sentencia que acabamos de citar criticándola, tiene razón en decir que el derecho del esposo, así entendido, no es un derecho, puesto que sólo podría ejercerse con el concurso del otro cónyuge ó de sus herederos. Pero no hace bien en decir que esto es una consecuencia del carácter facultativo del art. 1,471. Cuando decimos que esta disposición es facultativa, esto significa que es facultad del esposo aprovecharla ó atenerse al derecho común; pero si declara querer aprovecharla, su derecho no puede ser estorbado por una oferta de dinero, puesto que esto sería nulificado. El texto no da derecho al demandado, sólo se lo concede al demandante; á él pertenece, y sólo á él, renunciar al favor que la ley le concede. Hay una sentencia de la Corte de Casación de Bélgica en este sentido. (1)

513. Fué sentenciado que la mujer puede estipular por contrato de matrimonio; que tendrá opción para ejercer sus devoluciones tomando efectos de la comunidad ó exigiendo su pago en plata haciendo vender bienes comunes. (2) Esto no es dudoso, puesto que en nuestra opinión la mujer sólo estipula una opción que le pertenece de derecho. Habría que decidirlo así aun en la opinión contraria á la nuestra; en efecto, se trata de un interés puramente pecuniario y los esposos gozan de entera libertad para arreglar sus intereses como gusten.

1 Denegada, 29 de Noviembre de 1866 (*Pasicrisia*, 1867, 1, 69). Los autores están divididos. Véanse las citaciones en Rodière y Pont, t. II, pág. 349, número 1074, y en Aubry y Rau, t. V, pág. 362, y nota 26, pfo. 511 (4.ª edición).

2 Caen, 12 de Mayo de 1870 (Dalloz, 1872, 1, 196).

¿Quiere esto decir que los esposos puedan por contrato de matrimonio renunciar al beneficio del art. 1,471? En nuestro concepto la cláusula sería nula en tanto que tuviera por objeto abdicar un privilegio que la ley concede á la mujer por razón de su calidad de mujer común. Vamos á decir cuáles son estos privilegios: por esto sólo que únicamente pertenecen á la mujer no puede renunciarlos de antemano; son de la esencia de la comunidad, puesto que son la compensación del poder absoluto que el marido tiene bajo este régimen, y de la dependencia de la mujer. (1)

514. El art. 1,471 al decir que las prelaciones se ejercen primero en el dinero contante, después en los muebles y subsidiariamente en los inmuebles de la comunidad, podría dejar pensar que la deuda de las compensaciones es una deuda de los bienes que la ley afecta á su pago, mientras que las deudas generales gravan todos los bienes; lo que conducé á una doctrina, hoy día abandonada, según la cual las devoluciones se ejercerían á título de propiedad. La Corte de Caen lo sentenció así; es inútil entrar en este debate, volveremos más adelante en la cuestión de principio. El artículo 1,471 es enteramente extraño á esta cuestión; reglamenta únicamente el ejercicio del derecho de devoluciones; si la prelación se hace primero en el dinero contante no resulta de esto que los muebles y los inmuebles no estén afectos á esta deuda; así como si hay muebles suficientes para saldar la compensación del esposo no se debe concluir que la deuda no grava á los inmuebles. Bajo este punto de vista no hay ninguna diferencia entre las compensaciones y las demás deudas; es de la esencia de todas las deudas gravar los bienes todos, sin distinción entre los muebles y los inmuebles. La cuestión tiene un interés práctico en el caso en el que hay un legatario de los muebles y uno de los inmuebles; el primero, suponiendo que soporte todas las devoluciones, podrá demandar que el segundo contribuya en el pago por su parte. La jurisprudencia está en este sentido. (1)

1 Véanse las sentencias más adelante, núm. 522.

515. Hay sin embargo una diferencia entre la deuda de las devoluciones y las deudas ordinarias en lo que se refiere á los derechos que pertenecen á los acreedores acerca de los bienes. Aquel que obliga su persona obliga sus bienes; resulta que los acreedores tienen un derecho de prenda en todos los bienes de su deudor (arts. 2092, 2093); pero esta prenda se pierde por la enajenación que hace de sus bienes el deudor; el acreedor ya no tiene acción á los que el deudor enajenó. Este principio no recibe aplicación al ejercicio de las prelaciones. Supongamos que la mujer tenga un derecho de devolución; no hay muebles en la comunidad, la mujer tiene derecho á tomar su indemnización en los inmuebles. ¿Puede el marido nulificar este derecho vendiendo su parte indivisa en los inmuebles? La Corte de Casación sentenció que el marido no puede vender su parte indivisa sino con el cargo de las devoluciones que la afectan. Se diría en vano que la ley no da ningún derecho real á la mujer en los inmuebles de la comunidad y que la prenda del acreedor se pierde por la enajenación de los bienes. No se trata en el caso del derecho de prenda, se trata de saber cuál es el derecho del marido en los bienes cuando están gravados con el cargo de las devoluciones. Y en el sistema del Código las devoluciones se ejercen por vía de prelaciones; son los bienes que quedan después de las prelaciones los que constituyen la masa divisible. Si, pues, el marido vende antes que la mujer haya hecho sus prelaciones, vende lo que no le pertenece, cuando menos por lo que importan las devoluciones; la venta no es, pues, válida sino por lo restante, hecha deducción del valor de la devolución. En este sentido la Corte de Casación dice bien que el marido no

1 Véanse los testimonios en Aubry y Rau, t. V, pág. 359, nota 15, pfo. 511 (4.ª edición).

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

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 Tribunado 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 ejercio de su poder absoluto, soporta todas las consecuencias de su gestión; la mujer, al contrario, puede subs-

1 Denegada, 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 prelaciones 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 gananciales, 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.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

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 Tribunado 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 ejercio de su poder absoluto, soporta todas las consecuencias de su gestión; la mujer, al contrario, puede subs-

1 Denegada, 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 prelaciones 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 gananciales, 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.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

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.°) ¿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 popios 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.)

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

ejercen antes que las del marido. Después reglamenta el modo de ejercer las prelaciones: "*se* ejercen primero en el dinero contante," etc. La palabra *se* se refiere á las prelaciones de la mujer, de las que se trata en el primer inciso. Así el art. 1,471 nada dice de las prelaciones 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 prelaciones 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 prelaciones 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 indemizaciones." Tal es la regla; se aplicá al marido como á la mujer; sigue después el art. 1,471 que reglamenta el modo de hacer las prelaciones. ¿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 prelaciones; 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 marido y la mujer en el ejercicio de sus devoluciones. La mujer tiene sus privilegios que la ley cuida de enumerar; ejerce sus prelaciones 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).

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.

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 prelaciones 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 Santerre, 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.° de Diciembre de 1870 (*Pasicrisia*, 1871, 1, 3), y en el recur-

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

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 prelaciones 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 prelaciones 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

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

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 prelaciones 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 prelaciones 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

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

mujer puede ejercer sus devoluciones en los inmuebles de la comunidad cuando el marido ha vendido su parte indivisa en estos inmuebles; los adquirentes son legatarios del vendedor y no tienen otros derechos que los de su autor. Si la mujer puede oponer su derecho de preferencia á los terceros propietarios, con más razón puede prevalerse de ella contra simples acreedores quirografarios. Acerca de este punto no hay ninguna duda y todos están acordes. (1)

526. No sucede lo mismo cuando la mujer está en concurso con los acreedores de la comunidad; el marido, al obligarse obligó los bienes comunes; los acreedores tienen, pues, un derecho directo en los bienes de la comunidad; la mujer no puede oponerles el art. 1,166 como puede hacerlo con los acreedores personales del marido, pues los acreedores de la comunidad no promueven en virtud de un derecho que les es propio. Nace entonces la cuestión de saber si la mujer puede prevalerse contra ellos del derecho de preferencia que le da el art. 1,470 contra su marido. Esto era, antaño, una cuestión célebre, en la que los autores estaban en desacuerdo con la jurisprudencia; la Corte de Casación concluyó por ceder repudiando una doctrina que había consagrado por repetidas sentencias. Hay una gran enseñanza en estas evoluciones de la jurisprudencia y tenemos que detenernos en ella. Ante todo, importa precisar la cuestión. Se pregunta si la mujer puede oponer su derecho de preferencia á los acreedores; se entiende aquí los acreedores quirografarios; se entiende que los que tienen un privilegio ó una hipoteca pueden oponerlas á la mujer: quedan bajo el imperio del derecho común; esto nunca fué dudoso. (2) Debe también hacerse una salvedad para la hipoteca legal de la mujer: puede ejercerla para sus devoluciones; diremos en el

1 Aubry y Rau, t. V, pág. 362 y nota 27, pfo. 511. Colmet de Santerre, tomo VI, pág. 291, núm. 132 *bis* II.
2 Rodière y Pont, t. II, pág. 358 y la nota de la pág. 359, núm. 1087.

título *De las Hipotecas* bajo qué condiciones y con qué efectos. La cuestión que vamos á discutir está, pues, limitada al conflicto de la mujer con los acreedores quirografarios; la hipoteca legal de la mujer está ordinariamente fuera de causa porque la mujer y los acreedores promueven contra los muebles de la comunidad. Estos muebles son la prenda de los acreederes; ¿puede la mujer pedir contra ellos la prelación de sus devoluciones apropiándose, hasta concurrencia de lo que se le debe, efectos de la comunidad, antes que los acreedores puedan ejercer su derecho? Tiene este derecho para con el marido copropietario de los bienes comunes: ¿lo tiene también para con los acreedores de la comunidad? Tal es la cuestión.

527. Sorprende hoy que haya sido objeto de tan largos debates. La Corte de Casación ha sentenciado, cámaras reunidas, que la mujer no tenía ningún derecho de preferencia para con los acreedores de la comunidad; simple acreedora personal, ella misma no tiene más derechos que los acreedores en general; se les aplica, pues, á todos, comprendida la mujer, esta disposición del art. 2,033 (Ley Hipotecaria, art. 8): «Los bienes del deudor son la prenda común de sus acreedores y el precio se distribuye entre ellos por contribución á no ser que existan entre los acreedores causas legítimas de preferencia.» La única dificultad está en saber si la mujer es acreedora personal de la comunidad respecto á sus devoluciones. Esto fué sentenciado así por la Corte de Casación, en cámaras reunidas, después de una deliberación de *tres días*: hecho quizá único en los anales de la jurisprudencia. Se pudiera creer que la cuestión debe ser más que dudosa. Pues bien, no tememos decirlo: ella es muy sencilla y no hay serias dudas; los textos, los principios y la tradición están acordes para decidir que las devoluciones de la mujer son un derecho de crédito. Si los intérpretes tu-

vieran más respeto para el texto de la ley, nunca hubiera habido controversia ó una sola sentencia hubiera bastado para terminarla.

Decimos que el texto del Código decide la cuestión. Se trata de las devoluciones de la mujer. ¿Cuándo hay lugar á dichas devoluciones? El art. 1,433 contesta: "Si se vende un inmueble perteneciente á uno de los esposos y el precio se entrega á la comunidad, hay lugar á una prelación del *precio* en provecho del esposo que era propietario del inmueble vendido." La mujer tiene, pues, derecho al precio que ejerce por vía de prelación. Este derecho al precio es una recompensa ó indemnización. La indemnización implica una pérdida causada á la mujer y la reparación de dicha pérdida. Esto es la materia de un derecho de crédito: hay un acreedor y un deudor. El art. 1,437 lodice al hablar de las compensaciones á las cuales comunidad tiene derecho contra los esposos: el esposo *debe* la compensación del provecho personal que ha sacado de la comunidad. Esta palabra *debe* indica una deuda; un deudor y un acreedor; si el esposo es deudor, la comunidad es acreeedora. Y las compensaciones son idénticas ya que se deban á la comunidad ó á los esposos; si la comunidad es acreedora el esposo también es acreedor. El art. 1,470, núm. 3, reproduce esta expresión: "Cada esposo *toma* las indemnizaciones que le *debe* la comunidad." Luego la prelación es el modo de pago de un crédito; el esposo es, pues, acreedor por razón de la indemnizaciou que *toma*. (1)

Hé aquí los textos. Para decidir la cuestión bastaba la naturaleza de las compensaciones. Lo que es *debido* por la comunidad á los esposos es una *deuda;* luego la mujer es acreedora de la comunidad. Los principios conducen á la misma consecuencia. ¿Cuál es la causa de las compensaciones? El art. 1,433 indica la más usual: indemnizaciones que

1 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 298, núm. 115 *bis* I.

el esposo reclama contra la comunidad. Se vende un propio de la mujer, el precio es entregado á la comunidad; la mujer tiene derecho á *tomar* este precio en la masa. ¿Cuáles son las relaciones que nacen entre la comunidad y el esposo por razón de esta *entrega?* La comunidad tiene el goce del dinero, no puede gozar de él sin consumirlo; á este título se vuelve propietaria ó, como dice el art. 587, tiene el derecho de servirse de este dinero á reserva de devolverlo cuando la disolución. Este cargo es una obligación para la usufructuaria, luego un derecho de crédito para el nudo propietario. Por analogía, la comunidad obligada á una indemnización por razón del precio con el que se enriquece, es deudora del precio á título de compensación; luego el esposo es acreedor.

528. Si el esposo es acreedor se encuentra en la misma línea que todos los acreedores de la comunidad; es decir, que entra en contribución con ellos. La consecuencia es incontestable desde que se admite el principio, y el principio no pudiera ser contestado, puesto que está escrito en el texto de la ley. La tradición está en harmonía con el Código que sólo la reproducido. Los testimonios abundan; basta á nuestro objeto citar uno solo que tomamos de un práctico; lo relatamos de preferencia porque es, no la opinión de un jurisconsulto sino el derecho tradicional, lo que queremos hacer constar. Se lee en Denisart: "En los países de costumbres la mujer no tiene ningún privilegio en los muebles y efectos muebles de su marido por la restitución de su dote y *demás devoluciones;* esto es un *crédito ordinario* por el que tiene que entrar en *contribución* con los *demás acreedores.* Hay á este respecto una acta notable del Châtelet, de 10 de Enero de 1711 y otra de 4 de Marzo de 1745." ¿Qué dicen estas actas que constituyen la prueba más segura de la tradición? Repiten que la mujer es una acreedora ordinaria que no tiene ningún privilegio. Cosa notable, se había intentado re-

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

clamar una preferencia en su favor fundándose en la famosa constitución de Justiniano que le fué sacada por las importunidades de la mujer, pero el intento fué siempre reprimido por los parlamentos. Las sentencias pronunciadas contra la mujer son del siglo dieciséis. La segunta acta notariada del Châtelet dice que hay apariencia de que la jurisprudencia fué de tal modo fija en lo particular, que esta cuestión no ha sido tocada desde hace ciento cincuenta años. (1) Así se trata de una tradición constante, de un derecho seguro en el que ya no se litigaba cuando la publicación del Código Civil. ¿Acaso los autores de Código derogarían á una tradidición de tres siglos? Cuando el solemne debate que tuvo lugar ante las cámaras reunidas, el Procurador General Dupín desafió que se probara en contra de esta afirmación: es que no hay sombra de diferencia entre los textos y los principios del derecho de costumbre y los textos y los principios del Código Civil. La tradición es, pues, decisiva.

Cuando la cuestión fué presentada por primera vez, la Corte de Lyon la decidió invocando la tradición; no se necesitaban otros motivos. ¿Se concibe que el Código derogue una doctrina antiquísima cuando reproduce textualmente los principios de que esta doctrina es la consecuencia y la consagración? Durante cuarenta y ocho años no se produjo ninguna controversia acerca del carácter de las devoluciones y acerca del derecho de la mujer: la práctica seguía la tradición y los autores ni siquiera pensaban en discutir lo que parecía ser y es en efecto una verdad tan elemental como evidente. Como el Código, como dice Toullier, no concede privilegio á la mujer, se encuentra obligada á llegar á contribución con los acreedores. Los traductores de Zachariæ habían enseñado en las primeras ediciones las proposiciones que la Corte de Casación ha consagrado en su última sen-

1 Véanse los testimonios en Rodière y Pont, t. II, pág. 353, núm. 1085, y *Revista crítica*, t. V, pág. 408, y t. IX, pág. 411.

tencia cambiando su anterior jurisprudencia; estas proposiciones, dicen los señores Aubry y Rau, no nos parecían deber dar lugar á serias dificultades. Los señores Rodière y Pont dicen la misma cosa; en su primera edición enseñaban que la mujer y los demás acreedores están en una misma línea y tienen por deudor común á la comunidad, sin siquiera suponer que esto pudiera ser discutido. (1)

529. Pero la Corte de Casación vuelve á poner en cuestión una doctriua que tenía para sí á los textos, á los principios y á una tradición de siglos. Esta era una de aquellas opiniones nuevas que encuentra algunas veces favor en la jurisprudencia y que si llegara á dominar conduciría á hacer un nuevo Código Civil. De ordinario los autores son los que toman iniciativa de estas innovacivnes; la jurisprudencia más reservada y tradicional por naturaleza, las acoge pocas veces. Esta vez la Corte de Casación dió el mal ejemplo; las sentencia de 1853 y 1854 levantaron viva oposición; durante cinco años aparecieron disertaciones y más disertaciones en las varias compilaciones de derecho; hay una gran literatura acerca de esta materia. (2) La doctrina venció. En 1858 las cámaras reunidas de la Corte de Casación repudiaron la opinión admitida hasta entonces por la Sala Civil. La Corte ha persistido en esta jurisprudencia nueva, (3) de manera que la cuestión por tanto tiempo debatida está concluida. Hay, sin embargo, que detenerse en las malas razones (la palabra es de Dupín) que durante cinco años habían arrastrado á la Suprema Corte y con ella á la

1 Véanse las citaciones en Rodière y Pont, t. II, pág. 357, núm. 1086. Compárese Aubry y Rau, t. V, pág. 363, nota 28. La jurisprudencia belga siempre fué en este sentido. Sentencia del Tribunal de Gante, confirmada por la Corte, de 8 de Abril de 1834 (*Pasicrisia*, 1835, 2, 288); Denegada de la Corte de Casación de Bélgica, de 17 de Diciembre de 1863 (*ibid.*, 1864, 1, 240)

2 Véanse las citaciones en Rodière y Pont, t. II, pág. 367, y nota 1, número 1091; y Mourlón, t. III, pág. 98, nota 1.

3 Sentencia de las cámaras reunidas, de 16 de Enero de 1858 (Dalloz, 1858, 1, 5). Véanse las sentencias posteriores en Rodière y Pont, t. II, pág. 367, nota 2, y en Aubry y Rau, t. V, pág. 363, nota 28, pfo. 511.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

de Apelación. Hemos dicho que estas revoluciones de la jurisprudencia entrañan una grave enseñanza. Deben enseñar á nuestros jóvenes lectores á desconfiar de las nuevas opiniones en una ciencia enteramente tradicional; deben enseñarles, sobre todo, á atenerse á los textos; es decir, á la voluntad del legislador. No es que jamás deba innovarse; si una innovación se hace necesaria, que se proponga; al legislador toca adoptarla. Los jueces que hacen la ley siempre la hacen muy mal; no es esta su misión y no tienen la libertad é independencia necesarias. Lo hemos dicho muchas veces; vamos á dar de ello una nueva prueba en la cuestión de las devoluciones.

530. Hemos dicho que la mujer es acreedora según el mismo texto del Código (núm. 527). Y según el art. 2,093 los bienes del deudor son la prenda común de sus acreedores, cuyo precio se distribuye entre ellos por contribución, *á no ser que haya entre los acreedores causas legítimas de preferencia.* Estas causas de preferencia no pueden resultar más que de la ley, puesto que derogan el derecho común. La cuestión es, pues, la siguiente: ¿Existe una ley de la que pueda inducirse en favor de la mujer una causa de preferencia para sus devoluciones? El Código contiene un título en el cual establece causas de preferencia; la mujer figura en él, pero sólo para su hipoteca legal; volveremos á hablar de este punto en el título que es el sitio de la materia. La hipoteca legal grava los inmuebles del marido y, en la opinión común, las gananciales. Quedan los muebles de la comunidad; la preferencia en los muebles constituye un privilegio, ¿concede la ley un privilegio á la mujer? El silencio de la ley decide la cuestión. Ningún privilegio, dice el decreto de 1858. general ni especial, está prescripto para la mujer, en los muebles de la comunidad, en los arts. 2,101 y siguientes del Código Civil; agregaremos que la Ley Hipotecaria belga sólo reprodujo, en este punto, las disposiciones del Código Napoleón. Hé aquí un primer punto que no pudiera ser contestado. El silencio del Código en el título *De las hipotecas* es decisivo, pues allí es donde debiera encontrarse el privilegio de la mujer para sus devoluciones si la ley hubiera entendido concederle uno.

531. Las sentencias de 1853 y 1854 se limitan á decir que resulta de los arts. 1,740 y 1,741, 1,483 y 1,493, que es *á título de propietario* como la mujer, así como el marido y antes que él, tiene derecho á ejercer una previa prelación de sus *propios* cuando la disolución de la comunidad, y que así el activo de la comunidad sólo se compone del excedente de los bienes, hecha la prelación de las *devoluciones.* Síguese de esto, dice la Corte, que la mujer no puede estar colocada en la misma línea que los acreedores de la comunidad y que debe ser satisfecha íntegramente de sus devoluciones antes que los acreedores puedan ejercer sus derechos en el activo de la comunidad. (1)

Puede oponerse á esta argumentación un *no há lugar.* La Corte se olvida de una regla de interpretación que es fundamental, es que no debe hacer decir al legislador lo que no pretendió decidir. Es preciso una ley que dé á la mujer una preferencia sobre los demás acreedores (art. 2,093). Y ¿dónde encuentra la Corte esta ley? En disposiciones en las que no se trata de los acreedores. Los artículos citados por la Corte de Casación se encuentran en la sección V, que tiene por objeto la partición de la comunidad; los arts. 1,470 y 1,471, que son el verdadero sitio de la dificultad, tratan de una operación preliminar de la partición. ¿Y qué dice el art. 1,470 con que comienza esta materia? «En la masa de los bienes *cada esposo* ó *su heredero* toma.» Así las prelaciones se hacen entre esposos ó sus herederos. Es verdad que, para las prelaciones, la mujer está preferida al marido,

1 Casación, 15 de Febrero de 1853 (Dalloz, 1853, 1, 75); 11 de Abril de 1854 (id., 1854, 1, 152).

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

puesto que las prelaciones tienen por objeto formar la masa divisible, y el marido sólo ejerce sus derechos en la masa, luego hecha la deducción de las devoluciones de la mujer. Pero esto se hace entre esposos, entre copartícipes; la partición así como las operaciones preliminares quedan extrañas á los acreedores de la comunidad. De que para sus prelaciones la mujer es preferida al marido ¿debe concluirse que también lo sea para con los acreedores de la comunidad? Contestamos que esto es hacer decir al legislador lo que no entendió decidir. En efecto, no se dice una sola palabra de los acreedores de la comunidad en los artículos que tratan de estas prelaciones, sólo se trata de los esposos. Si, entre ellos, la ley da preferencia al acreedor de las devoluciones sobre su cónyuge copropietario de bienes comunes ¿puede esta preferencia extenderse á los acreedores que la ley no menciona? ¿Se extienden las causas legales de preferencia? Esto es, sin embargo, lo que la jurisprudencia ha hecho durante cinco años; cometió un abuso de poder creando una causa de preferencia que la ley ignora. Si fuera permitido proceder así siempre se encontrarían *causas de legítima preferencia* (art. 2,092); cada intérprete las crearía á su antojo, pero también cada intérprete se volvería legislador.

532. Se dirá que la ley no necesitaba mencionar á los acreedores de la comunidad al tratar de las prelaciones. Si es verdad que éstas se ejercen á título de propiedad, resulta de ello que la mujer puede ejercerlas contra todos, pues tal es el carácter del derecho de propiedad, derecho absoluto que no debe confundirse con un simple privilegio. Es, pues, necesario ver si la mujer ejerce sus devoluciones como propietaria. El texto responde á la cuestión. Hay una devolución que sólo es el ejercicio del derecho de propiedad; según el art. 1,470, núm. 1, cada esposo toma sus bienes personales *que no han entrado en comunidad* si existen en naturaleza, ó los que fueron adquiridos como reemplazo. Las

prelaciones del núm. 1, dice la sentencia de 1858, se ejercen á título de propiedad y constituyen una verdadera reivindicación. ¿Se quiere la prueba? Se encuentra escrita en la ley. En efecto, según el art. 1,402, el esposo no puede volver á tomar sus propios más que á reserva de justificar que tenía la propiedad ó la posesión de estos bienes anteriormente al matrimonio ó que le tocaron después á título de sucesión ó de donación. Luego el esposo que toma sus bienes personales es un propietario que reivindica lo que le pertenece. Este derecho absoluto puede oponerlo á todos por una sencilla razón: los acreedores de la comunidad sólo tienen derecho de prenda en los bienes de la comunidad; y los propios de los esposos, lo repite el art. 1,470, no han entrado en comunidad; luego los acreedores no tienen ningún derecho.

¿Es también á título de propietario como el esposo ejerce las devoluciones propiamente dichas? Pues importa recordar que la prelación de los propios no es una verdadera prelación y no constituye una verdadera devolución. Ya lo hemos dicho (núm. 500), y esto no está contestado; no se debe, pues, decir que si las devoluciones del núm. 1 se hacen á título de propietario sucede lo mismo con todas las devoluciones porque las pone á todas en una misma línea. Esto sería argüir muy mal. La devolución de los propios es una reivindicación, lo mismo que la ley lo dice (art. 1,402); las demás devoluciones no son una reivindicación; ya lo hemos probado al establecer que la mujer las ejerce como acreedora; vamos á completar nuestra demostración estableciendo que no puede ejercer estas devoluciones á título de propiedad. Se trata de la prelación que la mujer hace del precio de sus propios enajenados y de otras indemnizaciones que le debe la comunidad cuando ésta se ha enriquecido á expensas de los propios de la mujer. ¿Es este el ejercicio de

un derecho de propiedad? La sentencia de 1858 dice que la mujer hace estas prelaciones á título de acreedora. En efecto, la acción tiene por causa una disminución del patrimonio de uno de los esposos y un provecho correlativo hecho por la comunidad; y esta causa no produce un derecho de propiedad en objetos determinados; resulta de esto, no una acción de reivindicación sino un crédito y una acción mobiliar. Sentenciando lo contrario, la jurisprudencia confundía las nociones más sencillas: la diferencia que existe entre los derechos reales y los derechos de crédito. ¿Qué es lo que caracteriza á los derechos reales y particularmente á la propiedad que los comprende á todos? El derecho real supone, como lo dice la sentencia de 1858, un objeto determinado en el que se ejerce: ¿se concibiría el poder de disponer de un modo absoluto de una cosa cuando dicha cosa es indeterminada? Esto es contradictorio en los términos; la jurisprudencia caía en esta contradicción decidiendo que la mujer, así como el marido, ejercían sus devoluciones á título de propiedad. Tomemos el caso más usual: un propio de la mujer se vende; el precio se entrega á la comunidad; la mujer tiene una compensación por este punto. ¿Cuál es el objeto de su derecho? ¿Es el dinero que fué entregado á la comunidad? Nó, pues no lo vuelve á tomar en naturaleza. ¿Qué toma? Un valor. ¿Se reivindica un valor? ¿El acreedor que promueve contra su deudor reivindica? La mujer que es acreedora no reivindica, como tampoco los demás acreedores. En vano se dirá que, á diferencia de los demás acreedores, la mujer se apropia efectos de la comunidad á su elección. ¿Es esto una reivindicación? Nó, aquel que reivindica *es* propietario, mientras que la mujer sólo se *vuelve* propietaria después de haber ejercido sus prelaciones; asimismo cualquier acreedor se *vuelve propietario* por el hecho del *pago*. Estar pagado no quiere decir reivindicar.

Se ha pretendido que el derecho de propiedad de la mujer que ejerce sus devoluciones resulta de los arts. 1,470 y 1,471. Estos artículos dicen que cada esposo *toma* sus devoluciones en la masa: ¿*toma* un acreedor lo que le debe su deudor? Los esposos que ejercen una prelación tienen *derecho de elegir*. ¿Puede el acreedor elegir y tomar entre los bienes de su deudor aquello que mejor le agrade? Luego el esposo no es acreedor. Queda por probar que obra como propietario. Para probarlo se ocurre á ficciones. Es por razón de sus propios que entregó á la comunidad por lo que el esposo tiene derecho á una indemnización; no existiendo los propios en naturaleza, la ley, se dice, les subroga los bienes de la comunidad. Otros dicen que los bienes de la comunidad sirven de reemplazo al esposo que tiene derecho á una compensación. Que haya *subrogación* ó *reemplazo* lo seguro es que el esposo ejerce sus derechos en los efectos muebles ó inmuebles de la comunidad; obra por vía de *apropiación*, luego á título de *propietario*. Dupín, que tomó la palabra en este debate como Procurador General, se burla de esta transmutación de un derecho de crédito en derecho de propiedad, especie de metempsícosis jurídica que transforma un cuadrado en círculo. Los que imaginaron esta suerte olvidaron que la subrogación es una ficción y que sólo al legislador pertenece crear ficciones; olvidaron que el reemplazo supone que un inmueble toma el lugar de un propio bajo condiciones determinadas por la ley; la ley no conoce á los reemplazos tácitos; el artículo mismo que habla de las devoluciones, dice que hay lugar á volver á tomar el precio de los propios enajenadas sólo cuando no se hizo el reemplazo de ellos, luego la devolución no es un reemplazo. El texto y los principios rechazan, pues, estas suposiciones enteramente gratuitas. Todo cuanto resulta de los artículos que se invocan, es que las devoluciones son créditos de una naturaleza particular sometidos á reglas excepcionales, cuya razón hemos dado ya. Pero de que hay lugar á tomarlos de la

masa no puede concluirse que el esposo sea propietario de los objetos que toma por efecto de una subrogación ó de un reemplazo igualmente imaginario.

533. Ante las salas reunidas de la Corte de Casación no se insistió mucho en el pretendido derecho de propiedad del esposo que ejerce una devolución; el argumento habia sido derrumbado por los ataques de la doctrina. El recurso hablaba de un derecho de *exclusión* para con los acreedores en provecho de la mujer, para sus prelaciones en los bienes de la comunidad. Esta es una nueva prueba de que toda esta teoría de las devoluciones de la mujer era extralegal; á cada paso sus defensores se veían obligados á imaginar preferencias que la ley ignora, ya á título de *privilegio*, ya á título de *propiedad*, ya por derecho de *exclusión* ¿qué importa la palabra? El resultado es siempre el mismo y la ley rechaza el fondo de las ideas tanto como las formas diversas que se les da. ¿Con qué derecho se *excluiría* á los acreedores de la comunidad en los bienes que pertenecen á ésta? ¿Tiene la mujer que tomarlos primero? La sentencia de 1858 contesta, como ya lo hemos hecho, que los arts. 1,470 y 1,471 sólo se ocupan de la partición del activo entre los esposos, y reglamentan únicamente los derechos respectivos de estos últimos. ¿Deroga en alguna parte los derechos de los acreedores? Nó, pues no se trata de ellos, y no es necesario decir que los acreedores conservan su prenda en los bienes de su deudor.

El recurso invocaba también el art. 1,483 para inducir un derecho de *exclusión* ó de *preferencia*. Este artículo da á la mujer el beneficio de emolumento, especie de beneficio de inventario que puede oponer á su marido para todas las deudas, y á los acreedores para aquellas de las que no está obligada como deudora personal. Las devoluciones no hacen parte del emolumento hasta concurrencia de lo que está obligada la mujer. Y, se dijo, si se permite á los acreedores concurrir con la mujer en los bienes de la comunidad cuando la mujer ejerce sus devoluciones, ésta se verá obligada á venir á contribución con ellos; no se le pagará íntegramente y, por consiguiente, soportará las deudas más allá de su emolumento, puesto que las soportará en sus devoluciones. La Corte de Casación contesta que el ejercicio de las devoluciones es un crédito; por consiguiente, un derecho de la mujer en el activo de la comunidad, mientras que el art. 1,483 reglamentó únicamente las obligaciones de la mujer en cuanto al pasivo, concediéndole, cuando acepta, una especie de beneficio de inventario. No hay, pues, nada común entre las devoluciones y el beneficio de emolumento; de manera que la primera jurisprudencia de la Corte de Casación, al prevalecerse del art. 1,483, hacía otra vez decidir al legislador una cuestión que no tenía por objeto decidir. Esta es la más viciosa de las argumentaciones, aunque sea la más usada, cuando se quiere introducir opiniones nuevas en el Código colocándolas bajo la autoridad del legislador.

534. Creemos inútil continuar este debate demasiado largo ya. (1) Sólo agregamos una palabra acerca del papel de legislador que la Corte de Casación había asumido en sus primeras sentencias. Es seguro que si la sentencia de 1858 está fundada en los textos, en los principios y en la tradición, la primera jurisprudencia es una violación de la ley y un abuso de poder. La Corte hizo, pues, la ley dando á la mujer un derecho de preferencia contra los acreedores de la comunidad. ¿Valía más este nuevo Código que el antiguo Código Civil.? Se puede atrevidamente asegurar que nó. Fué, al contrario, bajo la presión de la opinión pública y para sosegar los intereses alarmados, por lo que la Corte se dió á sí misma un solemne mentís negando á la mujer el derecho de preferencia que le había reconocido la jurisprudencia casi

1 Vésse la excelente refutación que Colmet de Santerre hizo de la antigua jurisprudencia (t. VI, pág. 292, núm. 132 bis III y siguientes).

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

unánimemente. Sin duda los derechos de la mujer son dignos del favor del legislador y los tuvo en cuenta dándole una hipoteca legal. Pero los intereses de los acreedores son aun más favorables, pues el interés de los terceros es el interés general. Hay acreedores que tratan con el marido contando con su riqueza mobiliar, y la mujer aumenta el crédito de su marido consintiendo en la enajenación de sus propios y entregando el precio en la comunidad; induce con esto á los terceros á tratar con su marido; ¿vendrá después á oponer á estos mismos acreedores su derecho de devoluciones? Es decir, ¿volverá á tomar los bienes que contribuyeron á tranquilizar á los acreedores con sus prelaciones? Dupín dijo que el derecho de devoluciones así entendido sería un derecho de sorpresa. Esto es un retruécano, (1) pero la palabra es justa. (2)

Núm. 6. Naturaleza del derecho de devolución.

I. ¿Es un derecho mueble?

535. ¿Cuál es la naturaleza del derecho de devolución? ¿Es un derecho mueble ó es un derecho inmueble cuando la prelación se ejerce en inmuebles? Nos parece que en la opinión consagrada por la última jurisprudencia de la Corte de Casación la respuesta no pudiera ser dudosa. Se funda en el principio de que la mujer sólo tiene un derecho de crédito y todos los derechos de crédito son mobiliares porque tienden á poner en manos del acreedor una suma de dinero; es decir, una cosa mueble; se puede, pues, aplicar á las devoluciones esta antigua definición: *Jus est mobile quod tendit ad mobile.* Sin embargo, la cuestión está controvertida. Comprobemos primero cuál es el interés práctico del de-

1 En francés las palabras *reprise* et *surprise* dan lugar á un juego de palabras sutil.—N. del T.

2 Requisitoria de Dupín (Dalloz, 1858, 1, 17). Colmet de Santerre, t. VI, pág. 297, núm. 132 *bis* XIII.

bate si se aplican á las devoluciones los principios que rigen los derechos muebles. La viuda que tiene un derecho de devolución en una primera comunidad vuelve á casarse bajo el régimen de la comunidad legal; ¿entrará su derecho de devolución en el activo de la nueva comunidad? Sí, puesto que es un derecho mueble; si, pues, se liquida la primera comunidad y la mujer toma sus devoluciones en inmuebles, éstos entrarán en la nueva comunidad porque la mujer los recibe á título de devoluciones; es decir, de derecho mueble. Asímismo si la mujer ó el marido hacen un legado universal de sus muebles, el legatario tendrá derecho á las devoluciones aunque cuando la liquidación de la comunidad las devoluciones se ejerciesen por una prelación de inmuebles. Sólo hay una restricción que hacer á esta decisión: la voluntad de las partes contratantes es su ley, y la intención del testador hace también ley para la interpretación de sus disposiciones; es, pues, necesario ante todo ver lo que el disponente quiere y lo que quieren las partes. (1) Esto es el derecho común.

536. En la opinión que reinó durante cinco años en la jurisprudencia, acerca de las devoluciones de la mujer, la naturaleza de las devoluciones dependía de la prelación. La mujer se consideraba como ejerciéndolas á título de propietaria; su derecho se consideraba como mueble cuando tomaba mueble, y como inmobiliar cuando tomaba inmuebles. Una sentencia pronunciada por la Cámara de Requisiciones, bajo el imperio de la nueva jurisprudencia, refuta en muy vivos términos esta doctrina, que es en efecto extraña; es contraria á todos los principios del derecho, dice la Corte, y descansa en una confusión que no resiste al menor examen. Hay en la mujer casada dos personas distintas que tienen derecho de naturaleza enteramente diferente. En su calidad de mujer común tiene en la comunidad un derecho de

1 Aubry y Rau, t. V, pág. 358, pfo. 511 y las sentencias citadas ya.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

unánimemente. Sin duda los derechos de la mujer son dignos del favor del legislador y los tuvo en cuenta dándole una hipoteca legal. Pero los intereses de los acreedores son aun más favorables, pues el interés de los terceros es el interés general. Hay acreedores que tratan con el marido contando con su riqueza mobiliar, y la mujer aumenta el crédito de su marido consintiendo en la enajenación de sus propios y entregando el precio en la comunidad; induce con esto á los terceros á tratar con su marido; ¿vendrá después á oponer á estos mismos acreedores su derecho de devoluciones? Es decir, ¿volverá á tomar los bienes que contribuyeron á tranquilizar á los acreedores con sus prelaciones? Dupín dijo que el derecho de devoluciones así entendido sería un derecho de sorpresa. Esto es un retruécano, (1) pero la palabra es justa. (2)

Núm. 6. Naturaleza del derecho de devolución.

I. ¿Es un derecho mueble?

535. ¿Cuál es la naturaleza del derecho de devolución? ¿Es un derecho mueble ó es un derecho inmueble cuando la prelación se ejerce en inmuebles? Nos parece que en la opinión consagrada por la última jurisprudencia de la Corte de Casación la respuesta no pudiera ser dudosa. Se funda en el principio de que la mujer sólo tiene un derecho de crédito y todos los derechos de crédito son mobiliares porque tienden á poner en manos del acreedor una suma de dinero; es decir, una cosa mueble; se puede, pues, aplicar á las devoluciones esta antigua definición: *Jus est mobile quod tendit ad mobile.* Sin embargo, la cuestión está controvertida. Comprobemos primero cuál es el interés práctico del de-

1 En francés las palabras *reprise* et *surprise* dan lugar á un juego de palabras sutil.—N. del T.

2 Requisitoria de Dupín (Dalloz, 1858, 1, 17). Colmet de Santerre, t. VI, pág. 297, núm. 132 *bis* XIII.

bate si se aplican á las devoluciones los principios que rigen los derechos muebles. La viuda que tiene un derecho de devolución en una primera comunidad vuelve á casarse bajo el régimen de la comunidad legal; ¿entrará su derecho de devolución en el activo de la nueva comunidad? Sí, puesto que es un derecho mueble; si, pues, se liquida la primera comunidad y la mujer toma sus devoluciones en inmuebles, éstos entrarán en la nueva comunidad porque la mujer los recibe á título de devoluciones; es decir, de derecho mueble. Asímismo si la mujer ó el marido hacen un legado universal de sus muebles, el legatario tendrá derecho á las devoluciones aunque cuando la liquidación de la comunidad las devoluciones se ejerciesen por una prelación de inmuebles. Sólo hay una restricción que hacer á esta decisión: la voluntad de las partes contratantes es su ley, y la intención del testador hace también ley para la interpretación de sus disposiciones; es, pues, necesario ante todo ver lo que el disponente quiere y lo que quieren las partes. (1) Esto es el derecho común.

536. En la opinión que reinó durante cinco años en la jurisprudencia, acerca de las devoluciones de la mujer, la naturaleza de las devoluciones dependía de la prelación. La mujer se consideraba como ejerciéndolas á título de propietaria; su derecho se consideraba como mueble cuando tomaba mueble, y como inmobiliar cuando tomaba inmuebles. Una sentencia pronunciada por la Cámara de Requisiciones, bajo el imperio de la nueva jurisprudencia, refuta en muy vivos términos esta doctrina, que es en efecto extraña; es contraria á todos los principios del derecho, dice la Corte, y descansa en una confusión que no resiste al menor examen. Hay en la mujer casada dos personas distintas que tienen derecho de naturaleza enteramente diferente. En su calidad de mujer común tiene en la comunidad un derecho de

1 Aubry y Rau, t. V, pág. 358, pfo. 511 y las sentencias citadas ya.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

copropiedad que conduce á una acción de partición cuando acepta la comunidad. En calidad de acreedora de la comunidad tiene contra ella una acción para hacerse pagar el monto de sus devoluciones de que es deudora la comunidad; ¿y de qué es deudora la comunidad? De los valores que le fueron entregados por la enajenación de los propios de la mujer; recibe valores, debe restituirlos; su deuda es, pues, mobiliar y, por tanto, el derecho del esposo es mueble. Se objeta que la mujer ejerce sus devoluciones por vía de prelaciones en los bienes de la comunidad. ¿Esta prelación cambia la naturaleza del derecho de devolución? La devolución no consiste en la prelación; ésta no es más que un modo de ejercer aquélla; es decir, un modo de pago. ¿El modo de pago determina la naturaleza del crédito? Nó, seguramente. Luego la naturaleza de la devolución queda lo mismo si el esposo toma inmuebles como cuando toma muebles; mobiliar en su principio, permanece mobiliar de cualquiera manera que se ejerza. (1)

537. Sorprende ver á la doctrina antigua sobrevivir á la nueva jurisprudencia inaugurada en 1858 por las cámaras reunidas. Los Sres. Rodière y Pont califican de evidente equívoco la decisión de la Cámara de las Requisiciones que acabamos de analizar. (2) ¿En qué consistiría este pretendido error? Se invoca el principio de la retroacción de la partición y se aplica á la prelación. Nos parece que si hay error es por parte de los que hablan de retroacción de la partición, cuando todavía no hay reparto. En efecto, las prelaciones son una operación preliminar á la partición; esto es lo que dice el art. 1,474: "Después que las prelaciones de ambos esposos han sido hechas en la masa, lo excedente se

1 Denegada, 2 de Junio de 1862, sobre informe de Renault d'Ubexi (Dalloz 1862, 1, 420).

2 Rodière y Pont, t. II, pág. 348, núm 1082, y t. 1, pág. 302, núms. 383 y siguientes. Compárese Mourlón, t. III, pág. 100, nota. En sentido contrario, Aubry y Rau, t. V, pág. 357 y nota 13, pfo. 511

divide por mitad entre ellos y los que los representan." Si la partición sólo se hace después de las prelaciones no puede decirse que éstas sean una partición. Lo que prueba todavía que las devoluciones de los esposos nada tienen de común con el reparto del activo, es que la mujer tiene derecho á sus devoluciones aun cuando renuncie (art. 1,493), y el art. 1,495 dice que la mujer renunciante puede ejercer sus devoluciones tanto en los bienes de la comunidad como en en los bienes personales del marido. Es verdad que la cuestión de saber si la mujer que renuncia tiene los mismos privilegios que la mujer que acepta la comunidad, está controvertida. Pero poco importa; lo que no puede ser contestado, porque lo dice la ley, es que la mujer renunciante tiene las mismas devoluciones que la que acepta; el derecho de devoluciones es idéntico en ambas hipótesis; si es mueble cuando la mujer renuncia ¿por qué había de ser inmueble cuando acepta? En cuanto á la retroacción de la partición hay que apartarlo. Lo apartamos porque no pudiera ser cuestión de hacer retrotraer una partición que no existe. Y no se puede extender á las operaciones preliminares de la partición un principio que la ley establece sólo para el reparto. Hay para esto una razón decisiva: es que la retroacción del reparto es una ficción, y las ficciones no se extienden. Pues bien, la doctrina que combatimos establece una nueva ficción: la retroacción de los preliminares de la partición; los intérpretes no tienen este derecho, aunque tuvieran las mejores razones para hacer retrotraer las prelaciones. Creemos inútil insistir teniendo los principios una seguridad absoluta. La jurisprudencia de las cortes de Bélgica están en este sentido. (1) Las cortes de Francia están divididas.

1 Casación, 18 de Junio de 1857 (*Pasicrisia*, 1857, 1, 319). Lieja, 19 de Enero de 1850 (*ibid.*, 1850, 2, 140). Bruselas, 7 de Marzo de 1857; 12 de Enero de 1859; 16 de Noviembre de 1865; 18 de Julio de 1866 (*ibid*, 1857, 2, 14; 1864, 2, 34; 1866, 2, 174; 1867, 2, 259).

538. No es menester decir que estos principios reciben su aplicación al caso en que la mujer renunciante ejerce sus devoluciones. Poco importa que se conceda ó se niegue á la mujer renunciante los privilegios de la mujer que acepta, esto corresponde al ejercicio del derecho, el modo de pago; y la naturaleza del derecho depende de su objeto y no del modo como se ejerce.

Por la misma razón, el principio se aplica á toda clase de devoluciones debidas por la comunidad por las indemnizaciones del núm. 3 del art. 1,271, tanto como por el precio de los inmuebles, caso previsto por el núm. 2. El principio es siempre el mismo; sólo que colocándose bajo el punto de vista de las objeciones que se hacen á nuestra opinión, puede decirse que hay un argumento *á fortiori* en el caso previsto por el núm. 3. Así cuando la mujer se obliga solidariamente con su marido en interés de la comunidad, tiene derecho á una indemnización. ¿Cómo sostener, en este caso, que el crédito de la mujer es inmobiliar? Pide que se la indemnice por una obligación; debe una suma de dinero; á título de indemnización tiene derecho á una suma de dinero. Todo es mueble en este hecho jurídico. ¿Qué importa después de esto cómo se hará el pago?

II. ¿Son las prelaciones una donación en pago?

539. Se ha comparado á menudo la prelación á una donación en pago. Hay, en efecto, una aparente analogía. El esposo acreedor á la compensación tiene derecho á una suma de dinero; esto es lo que acabamos de establecer para probar que su derecho es mobiliar; en pago de esta suma de dinero toma muebles ó inmuebles; hé aquí, en apariencia, una donación en pago. Sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia están acordes en decir que no hay verdadera donación en pago. Según el art. 1,243 el acreedor no puede estar obligado á recibir otra cosa que la que se le debe, y

se entiende que sólo puede pedir aquello que se le debe. Si, pues, el acreedor de una suma de dinero recibe en pago una cosa mueble ó inmueble, esto se hace mediante concurso de consentimientos; es decir, por una convención nueva que equivale á una venta en el sentido, cuando menos, de ser translativa de propiedad. ¿Pasan así las cosas en caso de prelación? Nó, es una masa la que es deudora; esta masa no es una persona civil, ni siquiera la representa el marido, puesto que la comunidad está disuelta; ambos esposos ó sus herederos liquidan; aquel que es deudor devuelve á la masa lo que debe; aquel que es acreedor toma lo que se le debe y hace esta prelación en efectos de la comunidad; esto es para él un derecho, lo ejerce sin concurso de consentimiento de su cónyuge ó de sus herederos; la ley es quien arregla así el modo de pago de las compensaciones. Hay otra diferencia más importante entre la donación en pago y la prelación. El deudor que, con consentimiento del acreedor, le da en pago un mueble ó un inmueble, da una cosa que le pertenece con objeto de transferir la propiedad; así la donación en pago es esencialmente translativa de propiedad. No sucede lo mismo cuando el esposo, acreedor á una indemnización, toma lo que se le debe en efectos de la comunidad; toma en pago de lo que se debe una cosa de que es propietario por indiviso. No puede tratarse de transferir la propiedad á aquel que es propietario ya. La prelación no opera, pues, una translación de propiedad, es una liquidación de crédito y de deudas que se hace según reglas particulares, lo que evita las dilaciones y los gastos de una venta á la que, á falta de prelaciones en naturaleza, las partes interesadas hubieran debido proceder. (1)

540. Del principio de que la prelación no es un acto translativo de propiedad se siguen consecuencias muy importan-

1 Aubry y Rau, t. V, pág. 365, nota 31, pfo. 511 y las autoridades que citan. Compárense las sentencias citadas más adelante [núms. 540 y 541].

tes. Cuando el deudor da un inmueble en pago de lo que debe, se opera una translación de propiedad inmobiliar; por lo tanto, el acta en que consta la donación en pago debe ser registrada según las leyes que en Bélgica y en Francia exigen la transcripción de las actas translativas de derechos reales inmobiliares. (1) ¿Sucede lo mismo con la prelación que se hace en inmuebles? La cuestión está controvertida; volveremos á ella en el título de las *Hipotecas*. Si se admiten los principios que acabamos de exponer hay que decidir que no hay lugar á registrar. Es seguro que la prelación no debe hacerse pública como operando translación de propiedad, puesto que no es translativa de propiedad. La Corte de Casación de Francia lo resolvió así; decidió que la prelación no constituye ni una partición propiamente dicha, ni una donación en pago. Sin embargo, la Corte agrega que es una operación declarativa de propiedad; aquí nace una duda, pues según nuestra Ley Hipotecaria las actas declarativas de propiedad están sometidas á la transcripción; esta es una cuestión cuyo examen aplazaremos.

La Corte de Casación saca del principio que consagra una consecuencia muy lógica. Se supone que el inmueble tomado por el esposo está gravado con un privilegio ó una hipoteca no registrada; ¿puede el acreedor registrarla después de la prelación? Si se admite que la prelación no necesita registro, la inscripción puede siempre hacerse útilmente, puesto que no hay ningún cambio en la situación de las partes interesadas; el acreedor privilegiado ó hipotecario conserva el derecho de registrar mientras no hay acto translativo de propiedad que haya sido registrado. (2)

541. Ha sido sentenciado que las prelaciones ejercidas por la mujer aceptante no están sometidas al derecho de

1 Ley Hipotecaria belga, art. 1. ° Ley francesa de 23 de Marzo de 1855, art. 1. °, pfo. 1. °

2 Denegada, Sala Civil, 20 de Julio de 1869 (Dalloz, 1869, 1, 497). Aubry y Rau, t. V, nota 49, pfo. 209.

mutación; diremos más adelante que no sucede lo mismo con las devoluciones de la mujer renunciante. La sentencia de la Corte de Casación establece claramente el carácter de la prelación. La mujer, dice la Corte, que ejerce sus devoluciones en los bienes de la comunidad obra con la doble calidad de acreedora y de común; se paga con bienes en los que no puede, sin duda, reclamar un derecho de preferencia para con los demás acreedores de la comunidad, pero de los que no deja por esto de ser copropietaria por indiviso con su marido ó sus herederos; la prelación que ejerce es, bajo el punto de vista de los derechos de registro, una de las operaciones de la partición, con la que se confunde. (1) Así sucedería aúnque la mujer, cuyas devoluciones exceden del valor de los efectos de la masa, hiciera abandono de la comunidad al marido ó á sus herederos, á reserva de que éstos paguen sus devoluciones. Poco importa, dice la Corte, cómo se hacen las prelaciones, es decir, cómo se ejercen las devoluciones; el crédito de la devolución permanece siempre igual; que se haga la prelación tomando ciertos valores de la masa ó que se efectúe pagando cierta suma de dinero, en una y otra hipótesis siempre es un arreglo entre esposos y una operación de liquidación destinada á la consistencia de la comunidad y no implicando ninguna translación de dominio, puesto que la mujer abandona á los herederos del marido sus derechos en la comunidad. En el caso había, en apariencia, transmisión de propiedad, puesto que la mujer abandonaba á los herederos del marido sus derechos en la comunidad. La Corte de Casación contesta que la mujer no puede transmitir una propiedad que no tiene; la masa divisible pertenece, es verdad, á ambos esposos, pero no la pueden dividir sino después de hechas las prelaciones; luego son los bienes, hecha la deducción de prelaciones, los que constituyen la masa divisible y los que forman la propiedad

1 Casación, 3 de Agosto de 1858 (Dalloz, 1858, 1, 310).

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

indivisa de los comuneros. Cuando las prelaciones absorben y aun más los bienes de la comunidad, nada queda de aquella masa divisible; la mujer no cede, pues, nada á los herederos; por lo tanto, el abandono que les hace no opera ninguna transmisión de propiedad. La mujer, dice la Corte, no se desprende en favor de los herederos de un derecho de propiedad que no tenía; les cede sus derechos en los bienes de la comunidad que podía tomar á título de prelaciones, luego sin transmisión de propiedad. (1) Acerca de este punto nos queda alguna duda. La mujer tiene derecho para tomar toda la comunidad á título de prelaciones, sin que haya translación de propiedad; esto es seguro. Pero cuando la mujer abandona toda la comunidad á los herederos del marido, no hace una prelación, cede sus derechos en el activo, y es en virtud de esta cesión como los herederos del marido se vuelven propietarios; sin la sesión no habrían tenido ningún derecho en los bienes que la mujer les abandona; si sólo se hacen propietarios por la cesión ¿no debe concluirse que el abandono constituye una translación de propiedad?

542. En caso de insuficiencia de los bienes comunes la mujer puede promover contra el marido (art. 1,472). Si el marido ó sus herederos le dan en pago de sus devoluciones unos muebles ó unos inmuebles, hay donación en pago propiamente dicha; luego translación de propiedad con todas las consecuencias que de ella resultan; necesidad del registro y pago de los derechos de translación. Este principio está admitido por la doctrina y por la jurisprudencia, y no se podría contestar. La mujer que promueve contra su marido es una acreedora ordinaria, no ejerce su derecho por vía de prelación en los bienes de su marido, pues no tiene ningún derecho en estos bienes sino el derecho de prenda que pertenece á cualquier acreedor. Es verdad que el art. 1,472

1 Casación, 1.° de Diciembre de 1864 (Dalloz, 1865, 1, 17).

dice que la mujer ejerce sus devoluciones *en los bienes personales del marido*, pero la ley se expresa así por oposición á los *bienes de la comunidad* que se encuentran insuficientes; no pudo dar á la mujer un derecho de prelación en bienes que no pertenecen á la comunidad. La mujer debe, por consiguiente, proceder por vía de embargo como lo hacen todos los acreedores. (1)

§ III.—De los creditos de uno de los esposos contra el otro.

543. El art. 1,478 dice: "Después de consumado el reparto, si uno de los esposos es acreedor personal del otro, ejerce su crédito en la parte que toca á éste en la comunidad ó en sus bienes personales." Se llaman ordinariamente estos créditos *compensaciones* entre esposos; la ley no se sirve de esta expresión; el art. 1,479 califica de *créditos personales* los que los esposos tienen que ejercer el uno contra el otro. Estos créditos difieren, en efecto, de las compensaciones: éstas están sometidas á reglas especiales que no se aplican á los créditos entre esposos; es mejor atenerse á la terminología del Código.

544. ¿Cuándo uno de los esposos es acreedor personal del otro? El art. 1,478 da un ejemplo: "Como cuando el precio de su bien ha sido empleado en pagar una deuda personal del otro esposo;" luego la ley agrega: "ó por otra causa." El ejemplo está tomado en Pothier; hay que hacerle una restricción. Si el precio procedente de la venta de un propio es entregado á la comunidad, ésta deberá recompensa al esposo propietario del inmueble enajenado (art. 1,433), y si el dinero sirve después para pagar una deuda personal del otro cónyuge, éste deberá una indemnización á la comunidad; habrá en este caso una doble indemnización sin que

1 Casación, 3 de Agosto de 1858 (Dalloz, 1858, 1, 310). Mourlón, t. III, página 96, núm. 226.

indivisa de los comuneros. Cuando las prelaciones absorben y aun más los bienes de la comunidad, nada queda de aquella masa divisible; la mujer no cede, pues, nada á los herederos; por lo tanto, el abandono que les hace no opera ninguna transmisión de propiedad. La mujer, dice la Corte, no se desprende en favor de los herederos de un derecho de propiedad que no tenía; les cede sus derechos en los bienes de la comunidad que podía tomar á título de prelaciones, luego sin transmisión de propiedad. (1) Acerca de este punto nos queda alguna duda. La mujer tiene derecho para tomar toda la comunidad á título de prelaciones, sin que haya translación de propiedad; esto es seguro. Pero cuando la mujer abandona toda la comunidad á los herederos del marido, no hace una prelación, cede sus derechos en el activo, y es en virtud de esta cesión como los herederos del marido se vuelven propietarios; sin la sesión no habrían tenido ningún derecho en los bienes que la mujer les abandona; si sólo se hacen propietarios por la cesión ¿no debe concluirse que el abandono constituye una translación de propiedad?

542. En caso de insuficiencia de los bienes comunes la mujer puede promover contra el marido (art. 1,472). Si el marido ó sus herederos le dan en pago de sus devoluciones unos muebles ó unos inmuebles, hay donación en pago propiamente dicha; luego translación de propiedad con todas las consecuencias que de ella resultan; necesidad del registro y pago de los derechos de translación. Este principio está admitido por la doctrina y por la jurisprudencia, y no se podría contestar. La mujer que promueve contra su marido es una acreedora ordinaria, no ejerce su derecho por vía de prelación en los bienes de su marido, pues no tiene ningún derecho en estos bienes sino el derecho de prenda que pertenece á cualquier acreedor. Es verdad que el art. 1,472

1 Casación, 1.° de Diciembre de 1864 (Dalloz, 1865, 1, 17).

dice que la mujer ejerce sus devoluciones *en los bienes personales del marido*, pero la ley se expresa así por oposición á los *bienes de la comunidad* que se encuentran insuficientes; no pudo dar á la mujer un derecho de prelación en bienes que no pertenecen á la comunidad. La mujer debe, por consiguiente, proceder por vía de embargo como lo hacen todos los acreedores. (1)

§ III.—De los creditos de uno de los esposos contra el otro.

543. El art. 1,478 dice: "Después de consumado el reparto, si uno de los esposos es acreedor personal del otro, ejerce su crédito en la parte que toca á éste en la comunidad ó en sus bienes personales." Se llaman ordinariamente estos créditos *compensaciones* entre esposos; la ley no se sirve de esta expresión; el art. 1,479 califica de *créditos personales* los que los esposos tienen que ejercer el uno contra el otro. Estos créditos difieren, en efecto, de las compensaciones: éstas están sometidas á reglas especiales que no se aplican á los créditos entre esposos; es mejor atenerse á la terminología del Código.

544. ¿Cuándo uno de los esposos es acreedor personal del otro? El art. 1,478 da un ejemplo: "Como cuando el precio de su bien ha sido empleado en pagar una deuda personal del otro esposo;" luego la ley agrega: "ó por otra causa." El ejemplo está tomado en Pothier; hay que hacerle una restricción. Si el precio procedente de la venta de un propio es entregado á la comunidad, ésta deberá recompensa al esposo propietario del inmueble enajenado (art. 1,433), y si el dinero sirve después para pagar una deuda personal del otro cónyuge, éste deberá una indemnización á la comunidad; habrá en este caso una doble indemnización sin que

1 Casación, 3 de Agosto de 1858 (Dalloz, 1858, 1, 310). Mourlón, t. III, página 96, núm. 226.

el esposo propietario de la heredad se haga acreedor personal de su cónyuge. Para que el esposo que vende un bien propio para pagar la deuda de su cónyuge se vuelva acreedor personal de éste, es necesario que el precio esté entregado directamente al acreedor ó que le haya sido delegado; lo mismo pasaría si el inmueble fuera dado en pago de la deuda. En todos estos casos, no habiendo sido entregado el precio á la comunidad, no empleado por ella, no hay lugar á recompensa; el esposo cuyo propio sirvió para pagar la deuda de su cónyuge se vuelve acreedor personal de éste. La distinción es importante; resulta de ella que no se aplican al esposo acreedor las reglas especiales que rigen las compensaciones. Volveremos á hablar de este punto. Debemos ver también cuáles son las otras causas en virtud de las cuales, según el art. 1,478, uno de los esposos puede volverse deudor del otro. Los autores las enumeran; son raras y pertenecen á la teoría más bien que á la práctica.

El contrato de venta puede tener lugar entre esposos en los tres casos previstos por el art. 1,595. Esto es más bien una donación en pago. Si el esposo debe 10,000 francos y da en pago un inmueble que vale 15,000, es acreedor por 5,000 francos, deuda personal entre esposos.

El art. 1,438 prevee el caso de una dote constituida conjuntamente por el padre y la madre y decide que están como si hubiesen dotado cada cual por la mitad. Si la dote fué pagada con bienes personales de uno de los esposos, éste tiene en los bienes del otro una acción de indemnización por la mitad de la dote: ésta es también una deuda personal: La ley dice, es verdad, que el esposo tiene una acción *en los bienes del otro;* pero esto es para significar que la deuda no se persigue en los bienes de la comunidad; no es esto una compensación, es una deuda entre esposos.

El marido garantiza la venta que hace la mujer de un propio; el comprador le demanda y obliga á pagar daños y perjuicios resultantes de la evicción; el art. 1,432 dice que tendrá un recurso contra la mujer, ya sea en su parte en la comunidad, ya en sus bienes personales. Al decir que el marido tendrá una acción en la parte de la mujer en la comunidad, la ley supone que la comunidad está disuelta; ¿es esto decir que el marido sólo puede obrar á la disolución de la comunidad? Volveremos á esta cuestión; se presenta para todos los créditos que los esposos tienen el uno contra el otro.

Las donaciones que uno de los esposos hace al otro constituyen también al donante deudor personal para con el donatario. Según el art. 1,480 estas donaciones no se ejecutan más que en la parte del donante, en la comunidad y en sus bienes personales. Estos son los términos del art. 1,432; no se ve desde luego por qué la ley lo dice, puesto que tal es el derecho común. Esto es porque se hubiera podido creer que las donaciones deben ejercerse en la comunidad; en este caso la donación no sería una liberalidad sino por mitad, puesto que el donatario tiene derecho á la otra mitad como esposo común. El legislador supone, y esto es natural, que aquel que declara dar 10,000 francos á su cónyuge quiere darle la suma entera y no la mitad. Sin embargo, nada impide que uno de los cónyuges haga una donación con esta cláusula que se ejercerá en la comunidad; el donante puede dar lo que quiera. (1) Debe, pues, consultarse ante todo la intención del donante.

No se dice nada en ninguna parte de las deudas que los esposos contrajeron el uno hacia el otro antes del matrimonio. La mayor parte de las deudas son mobiliares y el derecho que resulta de ellas es también mobiliar. De esto resulta que los créditos caen en el activo de la comunidad y

1 Durantón, t. XIV, pág. 603, núm. 482. Colmet de Santerre, t. VI, página 310, núm. 140 *bis*.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

las deudas en el pasivo; es decir, que se extinguen por confusión. Sin embargo,los esposos podrían excluir estas deudas por su contrato de matrimonio, estipulando la realización. Es en este sentido en el que Pothier formula el ejemplo que da de las deudas anteriores que constituyen una deuda personal entre esposos: "Cuando uno de los esposos antes de su matrimonio era acreedor del otro cónyuge por una suma de dinero y esta deuda ha sido excluida de la comunidad tanto por parte del cónyuge acreedor por una cláusula de realización de su mobiliar, como por parte del cónyuge deudor por una convención de separación de deudas, el cónyuge continúa teniendo su crédito cuando la disolución de la comunidad, no contra ésta sino contra el cónyuge que es deudor. (1)

545. ¿Cuándo los créditos de uno de los esposos contra su cónyuge pueden ser demandados? Se admite generalmente que pueden serlo sólo después de la disolución de la comunidad. (2) Esta opinión confunde los términos del artículo 1,478 que dice: "*Después de consumado el reparto* el esposo acreedor ejerce su crédito en la parte del esposo deudor, en la comunidad ó en sus bienes personales." Nos parece que esto es hacer decir á la ley lo que no tiene por objeto decidir. ¿De qué se trata en el art. 1,478? La ley dice en cuáles bienes deben ejercerse los créditos personales de los esposos. No se ejercen por vía de compensaciones ó de prelación en la comunidad, puesto que el esposo no es acreedor de la comunidad; acreedor personal, se le aplica el derecho común, según el cual los bienes del deudor son la prenda de sus acreedores. El texto deja, pues, entera la cuestión y debe decidirse según los principios. Y cualquier deudor tiene derecho de promover contra su deudor: el derecho de acción constituye la esencia del crédito. ¿Por qué no había de poder promover el esposo acreedor? Se dice que los créditos no pueden ejercerse antes de la partición, porque hasta entonces no se sabe cuáles son los derechos del esposo deudor en la comunidad. Sin duda el esposo acreedor no puede perseguir su derecho en la parte que su deudor tiene en la comunidad que no está disuelta. Pero si el esposo deudor tiene bienes personales, cae la objeción; desde luego se está en el derecho común. La jurisprudencia está indecisa y las sentencias que se citan en favor de la opinión general no tienen gran autoridad. La Corte de París ha sentenciado en una decisión muy antigua, que los esposos no podían demandarse uno al otro durante la comunidad, porque hay confusión de derechos. Esto supone deudas anteriores al matrimonio; pero cuando el crédito nace durante el matrimonio, y á consecuencia de una venta que hace uno de los cónyuges á su esposo, no hay confusión. La Corte agrega que hay que hacer una liquidación para saber cuál de ambos esposos es acreedor ó deudor. (1) ¿No confunde la Corte las compensaciones y las deudas entre esposos? Si los dos esposos son respectivamente deudores uno hacia el otro, se establece compensación, pero nada hay que liquidar por este punto. La sentencia que se cita en favor de nuestra opinión tampoco está decisiva. Se trataba de devoluciones más bien que de créditos; el marido estaba en quiebra y la mujer pedía la separación de bienes; la Corte no decidió en principio que la mujer puede promover, así como en las otras sentencias no ha decidido en principio que no tiene este derecho. (2) Algunas veces la cuestión versa en dificultades que presenta el sistema hipotecario; volveremos á este punto en el título que es el sitio de la materia.

1 Pothier, *De la comunidad*, núm. 677. Aubry y Rau, t. V, pág. 370, párrafo 512 y todos los autores.
2 Aubry y Rau, t. V, pág. 372, nota 7, pfo. 512 y las autoridades que citan.

1 París, 10 Frimario, año XIII (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 2443). Se cita también una sentencia de Burdeos, de 6 de Mayo de 1848 (Dalloz, 1850, 2, 11). En el caso la mujer no era acreedora.
2 Caen, 17 de Enero de 1853 (Dalloz, 1853, 2, 109).

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

546. ¿En qué bienes ejerce el esposo sus derechos? El art. 1,478 contesta: «En la parte que tiene el esposo deudor en la comunidad, ó en sus bienes personales.» Esta es una diferencia entre los créditos personales y las compensaciones. No puede tratarse de una prelación cuando se trata de deudas personales de los esposos, pues las prelaciones tienen por objeto liquidar la masa divisible, y los créditos de los esposos están completamente fuera de esta liquidación. Por esto las prelaciones se rigen por reglas excepcionales que no pueden recibir aplicación á un delito ordinario. El esposo permanece, pues, en los términos del derecho común, tiene acción en todos los bienes de su deudor. (1)

547. El art. 1,479 establebe una diferencia entre las devoluciones y los créditos personales que los esposos tienen que ejercer el uno contra el otro; éstos sólo próducen interés desde el día de la demanda en justicia. Los esposos quedan bajo el imperio del derecho común, porque no había ningún motivo para derogarlo. Aquí vuelve á presentarse la cuestión de saber cuándo el esposo puede promover contra su cónyuge para que corran los intereses. En la opinión común se contesta que durante la comunidad el esposo acreedor no puede demandar los intereses. Por lo cual la ley negaría que los intereses corrieran de derecho pleno, obligaría al esposo á promover en justicia para que corran, y le prohibiría, á la vez, promover. Esto es contradictorio é injusto. Se dice que los créditos del esposo duermen. Esto es pagarse con palabras. (2) ¿Por qué duermen? Nos parece que hay que sacar del art. 1,478 una consecuencia enteramente contraria: puesto que la ley somete al esposo acreedor al rigor del derecho común, es también necesario que le conceda el beneficio que éste le da.

548. Se pregunta si el crédito de saldo nacido de la partición puede ser regido por el art. 1,478. La afirmativa nos parece tan evidente, que no hubiéramos pensado en presentar la cuestión. El crédito de saldo nace, pues, de la disolución de la comunidad; no es un crédito entre esposos comunes en bienes, es un crédito ordinario nacido de un contrato en que figuran de ordinario el esposo supérstite y los herederos del esposo difunto. Se trata, pues, de una convención ordinaria sometida como tal al derecho común, del que el art. 1,478 es una aplicación. En apoyo de la opinión contraria se invoca el art. 1,652 que hace correr los intereses de pleno derecho cuando la cosa vendida produce frutos. Esto es confundir dos contratos de naturaleza muy diversa: la venta y la partición. La partición permanece una partición aunque se haya concluida con saldo; no puede, pues, aplicarse á la partición la disposición excepcional del art. 1,652. La equidad está de acuerdo con el principio de derecho. El saldo tiene por objeto igualar los lotes; es, pues, de creerse que se le habrá calculado de modo que restablezca la igualdad entre los coparticipantes, sin que el deudor del saldo deba los intereses de derecho pleno. El acreedor del saldo tiene siempre el medio de hacerlos correr promoviendo contra el deudor. (1)

1 Rodière y Pont, t. II, pág. 249, núm. 960.
2 Rodière y Pont, t. II, pág. 250, núm. 967.

FIN DEL TOMO VIGÉSIMOSEGUNDO.

1 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 309, núm. 139 *bis* II. En sentido contrario, Marcadé, t. V, pág. 640, núm. I del art. 1486.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

INDICE DE LAS MATERIAS
CONTENIDAS EN ESTE TOMO,

TITULO VI.
(TITULO V DEL CÓDIGO CIVIL.)

Del contrato de matrimonio y de los respectivos derechos de los esposos.
(Continúa.)

CAPITULO II.
DEL REGIMEN DE COMUNIDAD.
(Continúa.)

SECCION III.—De la administración de la comunidad.

Artículo I. Poder del marido.

§ I. Del derecho de disposición.

Núm. 1. De las actas á título oneroso.

I. Poder absoluto del marido.

1 Es el marido señor y dueño de los bienes de la comunidad todavía?..... 3
2 Tiene el poder absoluto de disponer de ella á título oneroso. De una excepción admitida por la jurisprudencia para los retratos de familia dados á la mujer.. 5
3 Puede vender los bienes de la comunidad con reserva de usufructo?..... 6
4 Puede venderlos por renta vitalicia? Quién aprovecha la renta?..... 7
5 Puede hacer todas las actas de disposición, constituir derechos reales, abandonar, dar mayor valor sin el concurso de la mujer?..... 8
6 El marido administra solo; no es responsable por su gestión de dar cuenta de la verdad de los gastos?..... 8
7 Puede el marido delegar sus poderes á la mujer? Puede

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

darle mandato para administrar los bienes de la comunidad?..... 10

II. El poder absoluto del marido y la personificación de la comunidad.

8 El poder absoluto que tiene el marido para disponer á título oneroso implica que los bienes no pertenecen á una persona civil..... 10
9 La cuestión de la personificacion no presenta interés práctico más que para los actos á título gratuito, y el art. 1,425 prueba que la comunidad no está consolidada como persona civil á la que los bienes pertenecieran..... 11

Núm. 2. Actos á títulos gratuitos.

I. Donaciones entre vivos.

1. Lo que puede dar el marido.

10 El art. 1,422 deroga el decreto antiguo. Motivos de la derogación..... 12
11 Crítica de las distinciones hechas por el art. 1 422 entre los muebles y los inmuebles entre las donaciones hechas á título particular y las hechas á título universal..... 13
12 Por qué prohibe la ley al marido reservar el conjunto de los efectos muebles que da?..... 15
13 El marido puede dar los bienes de la comunidad para el establecimiento de los hijos comunes por matrimonio ó de otra manera..... 15
14 Puede dar todos los bienes de la comunidad?..... 16
15 De una restricción hecha por Troplong de la decisión de la Corte de Casación..... 17
16 De una crítica de Marcadé. El marido puede disponer de la comunidad por institución contractual, ó hay que asimilar esta institución á una donación testamentaria?..... 19
17 Puede el marido dispensar al hijo reportar á la sucesión de la madre, en caso en que ésta acepte la comunidad?..... 20
18 Una donación hecha por el marido en los límites de la ley puede ser anulada por casos de exceso?..... 21

2. De las donaciones que pasan de los límites legales.

19 Las donaciones de inmuebles, de una universalidad de muebles, ó de efectos muebles con reserva de usufructo son nulas..... 22
20 La nulidad está establecida sólo por interés de la mujer, pueda invocarla..... 22
21 La donación queda nula, aunque la mujer haya concurrido 23
22 Contestación á la objeción de la tradición..... 26

23 Objeción sacada de la costumbre de París, combinada con los arts. 1,421 y 1,422..... 27
24 Contestación á las objeciones de Troplong..... 28
25 Crítica de la jurisprudencia..... 29
26 Puede pedir la mujer la nulidad, durante la comunidad, de las donaciones ilegales hechas por el marido?..... 36
27 Puede pedir la nulidad cuando renuncia la comunidad?... 36
28 Puede pedirla cuando acepta?..... 38
29 Qué sucede con la donación si la cosa dada cae en el lote del marido? Quid si se pone en el lote de la mujer? Tiene en este caso el donatario acción contra el donante?..... 39
30 Puede el marido pedir la nulidad como jefe de la comunidad?..... 41
31 Cuál es la naturaleza de la acción que el art. 1,422 da á la mujer?..... 41
32 Puede pedir la nulidad de una donación de inmuebles hecha por el marido á un hijo de primer matrimonio, ó esta donación es sencillamente reportable?..... 42

II. De los legados.

33 El marido puede legar su parte en la comunidad. Este derecho pertenece también á la mujer?..... 43
34 Puede el marido legar un objeto particular de la comunidad? Cuál es el efecto de este legado? Es el art. 1,423 una disposición de principio, ó una excepción al derecho común?..... 44
35 Se aplica á la mujer el 2.º inciso del art. 1 423?..... 46
36 Quid del legado que hace el marido á la mujer?..... 46
37 El art. 1,423, 2.º inciso, se aplica á los legados que el marido hiciere después de la disolución de la comunidad? 47

Núm. 3. Restricciones que recibe el poder del marido.

38 Debe el marido obrar sin fraude..... 48
39 Cuándo hay fraude?..... 49
40 La mujer puede obrar por acción pauliana. Contestación á las objeciones..... 50
41 Tiene acción contra los terceros?..... 51
42 Cuándo puede la mujer atacar un acto ó título oneroso por causa de fraude?..... 52
43 Cuándo puede la mujer atacar una donación de efectos muebles como fraudulenta? Basta que sea excesiva?..... 53
44 Cuándo debe compensación el marido por las donaciones que ha hecho?..... 53
45 Quid de la donación que hace en provecho de un hijo de otro matrimonio?..... 57

46 Quid si esta donación se hizo en fraude de la mujer?..... 58
47 Quid de las liberalidades hechas á un hijo de primer matrimonio por otra causa que la dote?..... 59
48 Quid de las donaciones inmobiliares hechas por el marido con el concurso de la mujer? Dan lugar á compensación cuando se hacen con cargo, si éstas aprovechan á ambos esposos?..... 60

§ II. De las acciones.

49 El marido es señor de las acciones de la comunidad..... 61
50 Puede el marido intentar acciones inmobiliarias referentes á los propios de la mujer?..... 62
51 Lo puede como usufructuario de los bienes de la mujer y en interés de su goce? Cuál es el efecto de las sentencias para la mujer?..... 65
52 Crítica de la jurisprudencia de la Corte de Casación..... 65
53 Puede el marido promover, aun en nombre de los hijos ó de la mujer, después de la disolución de la comunidad?.. 67

§ III. De las deudas contraídas por el marido.

Núm. 1. Para con los terceros.

54 El marido obliga á la comunidad con todas las deudas que contrae, aun por sus delitos..... 67
55 La excepción admitida por el art. 1,425 está abolida..... 68

Núm. 2. Entre esposos.

56 El marido debe compensación por las deudas que contrae en interés de un tercero, sin provecho personal para él? 69
57 Debe compensación por las deudas que contrae en interés personal?..... 70
58 Cuando son las deudas personales al marido? Porqué debe compensación por las multas?..... 71
59 Quid de las reparaciones civiles que son una consecuencia de un delito criminal?..... 72

Artículo 2.º De los derechos de la mujer.

60 La mujer es socio y propietaria, pero sin derechos actuales durante la comunidad..... 75
61 Reemplaza la mujer al marido ausente ó intestado?..... 77
62 En qué sentido tiene la mujer derecho?..... 77

§ I. De las deudas contraídas por la mujer sin autorización del marido.

63 La mujer no obliga á la comunidad cuando contrae sin autorización del marido..... 78
64 No obliga á la comunidad cuando está obligada por cuasi-

contrato, por delito ó cuasidelito..... 78
65 Quid de las obligaciones que resultan de un delito criminal?..... 79
66 Si el marido autoriza á la mujer á defender en acción civil resultará que el marido y la comunidad estén obligados?... 80
67 Cuándo es responsable el marido por los delitos de la mujer?..... 80
68 Quid si la comunidad aprovecha de la obligación contraída por la mujer sin la autorización?..... 81

§ II. De las deudas contraídas por la mujer autorizada por el marido.

Núm. 1. El principio.

69 La mujer obliga á la comunidad y, por consiguiente, al marido cuando se obliga con autorización marital. Aplicación del principio á las deudas que la mujer contrae como comerciante..... 84
70 En qué sentido está obligado el marido? Es deudor personal?..... 85
71 Si la mujer comerciante obtiene un concordato queda obligado el marido personalmente por las deudas?..... 86
72 Quid si el marido obtiene un concordato? Los acreedores de la mujer conservan su acción por el todo en los bienes de la comunidad?..... 87
73 El principio de que el marido está obligado por la autorización que da á su mujer para contraer, es aplicable á los demás regímenes?..... 88

Núm. 2. Las excepciones.

74 El principio del art. 1,419 recibe excepción en los casos previstos por el art. 1,413..... 89
75 Hay también excepción en el caso previsto por el art. 1,432?..... 89
76 Pueden estas excepciones ser extendida por vía de analogía?..... 92
77 Hay excepción en el caso en que la mujer dota á un hijo con consentimiento del marido?..... 94
78 Quid si la mujer autorizada por el marido acepta una donación inmobiliar con cargos? Puede perseguirse el cargo contra la comunidad?..... 95
79 Está obligada la comunidad por la ejecución testamentaria que la mujer acepta con autorización del marido?..... 96
80 Quid de la autorización para litigar que el marido da á la mujer?..... 97

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

§ III. De las deudas contraídas por la mujer con autorización de justicia.

81 La mujer autorizada por la justicia obliga su persona y la nuda propiedad de sus bienes personales. No obliga á la comunidad 97
82 Se aplica el principio á las acciones judiciales, aun á las que la mujer entabla contra el marido..... 98

Núm. 2. Las excepciones

83 El art. 1,427 contiene una excepción á la regla establecida en el art. 1,426..... 100
84 Con este título la disposición del art. 1,427 es limitativa 101
85 Primera excepción. Implica que el marido no puede autorizar á su mujer?..... 104
86 Segunda excepción. Se aplica á los hijos de primer matrimonio?..... 104
87 La mujer puede no sólo obligar los bienes de la comunidad, sino también enagenarlos en los dos casos del art. 1,427..... 105
88 Tiene el acreedor en estos dos casos acción en los bienes del marido?..... 106

§ IV. De la contribución á las deudas contraídas por la mujer.

89 Hay *presunciones* de que la deuda contraída por la mujer sola, autorizada por el marido ó por la justicia, fué contraída en su interés personal?..... 107
90 Crítica de la doctrina de Aubry y Rau..... 107

§ V. De las deudas contraídas por la mujer conjuntamente con su marido.

91 Cuál es la posición de la mujer que se obliga solidariamente con su marido en cuanto á la la obligación y en cuanto á la contribución?..... 109
92 Es reputada la mujer cancionante para con los acreedores? Crítica de una sentencia de la Corte de París..... 110
93 Del recurso de la mujer contra el marido ó la comunidad. 112
94 Debe la mujer probar que se ha obligado para los negocios de su marido ó de la comunidad, ó tiene presunción legal en su favor?..... 113
95 Crítica de la opinión general..... 114
96 Quid si además del marido y de la mujer hay otros codeudores solidarios? Crítica de una sentencia de la Corte de Casación..... 117
97 Quid si la mujer se obligó con su marido sin solidaridad?. 118

98 Quid si el marido y la mujer se obligaron solidariamente en provecho de un tercero?..... 119
99 Es el marido reputado cancionante de la mujer cuando se obliga en el interés personal de ésta?..... 120

§ VI. De las deudas contraídas por la mujer como mandataria del marido.

100 Diferencia entre la autorización natural y el mandato que el marido da á su mujer..... 121
101 La doctrina y la jurisprudencia confunden estos dos órdenes de ideas..... 123
102 Difiere el mandato dado á la mujer del mandato ordinario? Crítica de la doctrina de los autores..... 124
103 Del mandato dado á la mujer para girar la comunidad. Crítica de la jurisprudencia..... 125
104 Del mandato dado á la mujer para administrar sus bienes personales..... 128
105 Del mandato tácito que la mujer tiene para hacer los gastos de casa; cuál es el fundamento jurídico de este mandato?..... 129
106 Crítica de la jurisprudencia que lo confunde con la autorización..... 131
107 Cuál es el objeto de este mandato tácito?..... 133
108 Cuál es el efecto de este mandato? Está el marido obligado indefinidamente? Quid si hay exceso ó fraude?..... 134
109 Quid si los esposos viven separados? Está obligado el marido por los gastos que hace la mujer, y en virtud de qué principio?..... 135
110 Jurisprudencia..... 136
111 Puede ser revocado el mandato? Cuál es la consecuencia de la revocación?..... 138
112 El mandato tácito puede existir para el comercio del marido; cuál es su efecto?..... 139

§ VII. Es la mujer un tercero para con su marido.

113 Es la mujer tercero, legatario ó parte en las actas que hace el marido como jefe de la comunidad, ya como administrador de los bienes de la mujer?..... 139
114 Ley interpretativa de 28 de Abril de 1850. Cuál es su sentido?..... 141
115 Se aplica á las actas referentes á los bienes de la comunidad?..... 142
116 Se admite á la mujer á probar que los actos del marido están antefechados?..... 143

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

SECCION IV.—Del patrimonio propio de los esposos.

Artículo 1.° De la influencia del régimen de la comunidad en el patrimonio de ambos esposos.

117 Cada esposo pierde el goce de sus propios. En qué sentido es esto una verdad?..... 144
118 En cuanto al marido toda deuda de la comunidad grava sus bienes personales..... 144
119 El marido tiene derecho á una compensación cuando paga con sus bienes personales una deuda que la comunidad debe soportar..... 146
120 La mujer pierde la administración de sus bienes personales..... 146

Artículo 2.° De la administración de los bienes de la mujer.

§ I. Nociones generales.

121 Por qué da la ley al marido la administración de los bienes de la mujer?..... 146
122 Es este derecho de orden público ó pueden derogarlo los esposos? Cuál es la consecuencia de la cláusula por la cual la mujer se reserva el goce y la administración de una parte de sus rentas?..... 147
123 Pueden los terceros donantes ó testadores derogar los derechos de administración del marido?..... 148
124 Hay excepción al poder de administración del marido en favor de la mujer comerciante y de la mujer artista dramática?..... 149

§ II. De los poderes del marido.

Núm. 1. Principio.

125 El marido es administrador de bienes ajenos. Diferencia entre el poder del marido como administrador de la comunidad y el poder del marido como administrador de los bienes de la mujer..... 150
126 El marido es responsable de su gestión. Se limita esta responsabilidad al caso previsto por el art. 1428? La deuda por daños y perjuicios cae en la comunidad?..... 152
127 Puede la mujer extender el poder de su marido? Puede darle un poder general para enajenar sus bienes y disponer de ellos?..... 153

Núm. 2. Actos de conservación.

128 El marido puede hacer actos de conservación..... 155
129 Cuáles son actos conservatorios? Quid de las reparaciones? Quid de los trabajos de reconstrucción?..... 155
130 El marido debe interrumpir la prescripción; quid de los derechos inmobiliares de la mujer?..... 156

Núm. 3. Cobro de los créditos.

131 El marido puede recibir los créditos de la mujer y dar descargo de ellos..... 157
132 Puede, por un finiquito, constituir á la mujer deudora?..... 158
133 Puede pagar cuando hay cláusula de reemplazo?..... 159

Núm. 4. De los arrendamientos.

1. Arrendamientos que puede hacer el marido.

134 El marido puede hacer un contrato de arrendamiento por nueve años, obligatorio para la mujer..... 160
135 Quid de los contratos de arrendamiento que excedan de nueve años? Son nulos?..... 161
136 Cuál es el efecto de los contratos que exceden de nueve años?..... 162
137 El arrendatario tiene derecho á una indemnización si la mujer demanda la reducción del contrato? Quid si la mujer es heredera de su marido?..... 163
138 Puede el marido rescindir el contrato hecho antes del matrimonio?..... 164
139 Puede el marido estipular el pago anticipado de las rentas? Es en este punto absoluto su poder?..... 164
140 Es aplicable el art. 1429 cuando la mujer concurre con su marido?..... 165

II. De la renovación de los contratos de arrendamientos.

141 Cuándo puede el marido renovar los contratos?..... 166
142 Quid si renueva el contrato antes de la época fijada por la ley..... 166
143 La disposición del art. 1,430 se aplica á los contratos que exceden de nueve años?..... 168

III. De los contratos de arrendamientos fraudulentos.

144 Diferencia entre los contratos fraudulentos y los contratos irregulares hechos con violación de los arts. 1 420 y 1,430 168
145 Cuándo es fraudulento el contrato de arrendamiento?.... 169

Núm. 5. De las acciones.

146 El marido ejerce las acciones muebles propias de la mujer 171
147 Ejerce las acciones posesorias..... 172
148 Consecuencias que nacen de estos principios..... 172
149 El marido no tiene derecho para ejercer las acciones inmuebles de la mujer..... 172

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

150 El marido puede ejercerlas como usufructuario..... 173
151 La acción inmueble entablada por el marido, interrumpe la prescripción? 173
152 El marido tiene derecho para ejercer la acción de partición en las sucesiones vencidas á la mujer? 173

Núm. 6. Del derecho de disponer.

I. De los inmuebles.

153 El marido no puede enajenar los propios inmuebhles de la mujer 174
154 Consecuencia. Jurisprudencia..... 175
155–157 Quid si el marido enajena un propio de la mujer? Puede esta reivindicar el inmueble? Lo puede por la totalidad ó sólo por la mitad?..... 175–180
158 Puede la mujer proveer durante la comunidad?..... 181
159 La mujer tiene también una acción personal por daños y perjuicios contra su marido 184
160 Puede la mujer confirmar la venta? Cuándo hay confirmación?..... 184

II. De los muebles.

161 El marido puede enajenar los propios muebles de la mujer. Interés de la cuestión..... 185
162–165 Discusión de la cuestión..... 186-190

III. De la responsabilidad del marido.

166 De qué falta responde el marido?..... 190
167 Debe el marido dar caución?..... 191
168 Es responsable por la falta de declaración de las sucesiones vencidas á la mujer..... 191
169 Responde siempre de las prescripciones adquiridas contra la mujer?..... 192
170 Responde por la insolvencia de los deudores?..... 192
171 Responde por la falta del precio?..... 192

IV. Derechos de la mujer.

172 La mujer puede disponer de sus bienes con autorización del marido ó de justicia. Cuál es el efecto de esta autorización? 193
173 Puede pedir la distracción de sus bienes cuando han sido embargados con los bienes del marido?..... 194
174 La mujer puede intervenir en la administración de sus bienes..... 194
175 Puede hacer actos de administración cuando el marido descuida de hacerlos?..... 194

SECCION V.—De la disolución de la comunidad.

Artículo 1.° De las causas de disolución.

§ I. La muerte.

176 La comunidad se disuelve por la muerte de uno de los esposos. Quid de la *ausencia*?..... 196

Núm. 1. De la obligación impuesta al esposo supérstite de hacer inventario.

177 La comunidad disuelta por la muerte no continúa ya como en el antiguo derecho. Motivos de esta derogación 197
178 Cuáles son las garantías con las cuales el Código ha reemplazado la continuación de la comunidad?..... 199
179 En qué plazo debe hacer inventario el esposo supérstite? 199
180 Es fatal el plazo de tres meses?..... 202
181 Quid si el inventario es inexacto ó infiel?..... 204

Núm. 2. De la prueba del mobiliar no inventariado.

182 La prueba puede darse por testigos y por fama pública ... 204
183 A quién se admite probar?..... 205
184 Queda ligado el juez por la prueba resultante del testimonio?..... 206

Núm. 3. Decaimiento del usufructo legal.

185 El padre cuando no hace inventario decae del usufructo legal..... 207
186 El decaimiento solo tiene lugar cuando el padre no inventaría los bienes de la comunidad?..... 208
187 El decaimiento versa sobre el producto de todos los bienes de los hijos..... 209
188 El decaimiento tiene lugar de derecho pleno. Cuáles son sus efectos?..... 209

Núm. 4. Responsabilidad del subrogado tutor.

189 El subrogado tutor es solidariamente responsable para con los hijos; no se le considera como cauccionante para con el esposo supérstite..... 210
190 Cuál es la extensión de esta responsabilidad?..... 211

Núm. 5. Aplicación analógica del art. 1,442.

191 El art. 1,442 se aplica á la comunidad convencional..... 211
192 Se aplica á los regímenes exclusivos de la comunidad, en lo que se refiere á la privación del usufructo legal?..... 213
193 Quid de la prueba por fama pública?..... 214

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

§ II. El divorcio y la separación de cuerpos.

194 El divorcio disuelve la comunidad desde el momento en que el oficial del estado civil lo pronuncia, y sin necesidad de publicidad..... 215
195 Cuál es el efecto de la anulación del matrimonio en la comunidad?..... 216
196 La separación de cuerpos no arrastra separación de bienes. La separación de bienes disuelve la comunidad..... 216

§ III. De la separación de bienes.

197 La separación debe ser judicial. Toda separación voluntaria es nula. Lo mismo pasa con la separación de cuerpos voluntaria y con las convenciones pecuniarias que la acompañan..... 217
198 La separación de bienes voluntaria es nula; así como todas las convenciones que la acompañan. Quid si estas convenciones han sido ejecutadas por el pago de las devoluciones de la mujer?..... 218

Artículo 2. De la separación judicial.

§ I. Quién puede pedir la separación.

Núm. 1. De la mujer.

199 La mujer tiene derecho para pedir la separación de bienes. El marido no lo tiene..... 221
200 Quid si la mujer muere durante la instancia? Tienen sus herederos el derecho de continuarla?..... 222

Núm. 2. De los acreedores.

201 Por qué la ley no les da el derecho de pedir la separación de bienes?..... 224
202-203 Cuál es el derecho que les da la ley?..... 225–227
204 Tienen la facultad de aceptar ó de renunciar que pertenece á la mujer?..... 227
205 Pueden ejercer los derechos de la mujer renunciante. Deben respetar el goce de los propios que pertenece á la comunidad?..... 228
206 En qué bienes los acreedores ejercen sus derechos?..... 229
207 Quid si la mujer acepta la comunidad cuando su real disolución?..... 230

§ II. De las causas por las cuales la mujer puede pedir la separación.

Núm. 1. El texto.

208 Mala redacción del art. 1,443..... 231

209 Qué debe entenderse por *dote* en este artículo?..... 232
210 Qué se entiende por *devoluciones*?..... 233
211 Qué se entiende por derecho?..... 235
212 El caso de *dote* y el caso de *devoluciones* forman una sola causa de separación ó hay dos causas?..... 236

Núm. 2. Aplicación.

213 La mujer puede pedir la separación cuando está en peligro su dote mobiliar. Cuál es el verdadero motivo para decidir?..... 238
214 La mujer puede pedir la separación cuando el producto de sus propios no se emplea en su destino convencional..... 241
215 Quid si la mujer no tiene bienes muebles ni inmuebles, pero que tenga talento, industria, ó un comercio?..... 243
216 Quid si la mujer no tiene bienes ni profesión?..... 245
217 Cuándo puede la mujer pedir la separación por razón de sus devoluciones?..... 247

Núm. 3. Las pruebas.

218 Deben distinguirse las dos causas por las que la mujer puede pedir la separación..... 248

I. ¿Cuándo se encuentra la dote en peligro?

219 Cuándo está en peligro la dote mobiliar? Debe probarse el desorden de los negocios del marido y la insuficiencia de sus bienes?..... 249
220 Debe probarse que el peligro de la dote proviene de una vida desarreglada ó de una mala gestión..... 251
221 Se aplican los mismos principios á los productos de los propios de la mujer. Es necesario que este producto se emplee á otros usos que los de su destino en el momento de la demanda ó basta con el temor?..... 252
222 Quid si el marido aun no recibe la dote?..... 254

II. ¿Cuándo se encuentran en peligro las devoluciones?

223 Qué debe probar la mujer para obtener la separación por este punto?..... 255
224 Qué se entiende por *desorden en los negocios del marido?* Es la mala conducta, es la mala gestión, son las pérdidas por él sufridas?..... 256
225 Es necesario, en segundo lugar, que la mujer pruebe que á consecuencia de los malos negocios del marido, sus bienes son insuficientes para cubrir sus devoluciones?..... 258
226 Basta que haya peligro para las devoluciones y que la insuficiencia de los bienes del marido se tema?..... 258
227 No puede promover la mujer si la insuficiencia no es de

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ©
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

temer?. 260
228 Quid si las devoluciones de la mujer estan garantizadas por la hipoteca legal?..... 260
229 Quid si el ejercicio de los derechos de la mujer está garantizado por una hipoteca convencional?..... 262
230 Se disuelve de pleno derecho la comunidad por una quiebra? 264
231 Puede pedir la mujer la separación de bienes cuando el marido está en estado de demencia?..... 265
232 Quid si el marido está entredicho?..... 266
233 Quid si el marido está en estado de rebeldía?..... 267

Núm. 4. Las excepciones de no haber lugar.

234 Hay excepción de no haber lugar por las que el marido pueda rechazar la demanda de separación? 268
235 Quid si el desorden de sus negocios procede de no haber seguido los consejos de su mujer?..... 268
236 Quid si son los excesivos gastos de la mujer los que arruinaron al marido?..... 269
237 Quid si la mujer desertó del domicilio conyuga ?..... 269
238 Quid si la mujer cometió substracciones que ocasionaron el desorden de los negocios del marido? 271

§ III. Del procedimiento.

239 Los procedimientos en esta materia se relacionan con el derecho. 271
240 Introducción de la demanda. La autorización del Presidente reemplaza la del marido. Habilita á la mujer para todas las instancias relativas á la separación..... 272
241 Objeto de las formalidades á las que está sometida la demanda. La moralidad de antaño y la moralidad moderna. 273

Núm. 1. La demanda.

242 La demanda debe publicarse..... 274
243 Cuáles son las formas prescriptas para la publicidad? quid si no han sido observadas?..... 275
244 Cómo debe probar la mujer los hechos que sirven de fundamento á su demanda? Puede invocar la confesión del marido?..... 275

Núm. 2. La sentencia.

245 Debe la sentencia hacerse público. Por qué?..... 276
246 Cuáles son las formalidades prescriptas para la publicidad de la sentencia?..... 277
247 La pena de nulidad establecida por el art. 1,445 es aplicable á las formalidades del art. 872 del Código de Procedimientos? 278

248 La sentencia que pronuncia la separación de cuerpos debe hacerse publicar bajo pena de nulidad?..... 279

Núm. 3. La ejecución de la sentencia.

249 La ejecución de la sentencia debe hacerse, bajo pena de nulidad, en el plazo que prescribe la ley. Por qué?..... 279
250 El art. 1,444 es aplicable á la separación de bienes que resulta de la separación de cuerpos? 280
251 El art. 872 del Código de Procedimientos es derogado por el art. 1,444 del Código Civil?..... 280
252 La ejecución puede ser voluntaria..... 281
253 El pago de los derechos de la mujer debe constar real y auténticamente..... 282
254 El art. 174 del Código de Procedimientos deroga el Código Civil en cuanto al plazo en el que la mujer debe comenzar sus promociones?..... 283
255 La ejecución debe comenzar en la quincena y continuarse sin interrupción. Cuando hay interrupción?..... 284
256 La ejecución debe ser completa hasta concurrencia de los bienes del marido..... 286
257 Qué se entiende por ejecución? Es acto de ejecución la notificación de la sentencia?..... 286

Núm. 4. De la nulidad por falta de ejecución.

I. Carácter de la nulidad.

258 La nulidad es una excepción perentoria. La sentencia y el procedimiento están anulados..... 287
259 Es de orden público la nulidad? Puede ser cubierta?..... 289

II. ¿Quién puede oponer la nulidad?

260 Cualquier tercero interesado puede oponer la nulidad. Quid de los acreedores posteriores á la ejecución hecha después de la quincena? 290
261 Puede el marido oponer la nulidad á la mujer?..... 292
262 Puede oponerla la mujer á su marido?..... 293
263 Pueden los esposos oponerla á los terceros?..... 294

§ IV. Derechos de los acreedores del marido.

264 Los acreedores del marido tienen el derecho de intervenir en la instancia. En virtud de qué principio y con qué objeto?..... 296
265 Pueden los acreedores interponer apelación?..... 297
266 Los acreedores que sólo tienen un derecho eventual pueden intervenir?..... 298
267 Los acreedores tienen también la acción pauliana ó la ter-

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

cería..... 298
268 Qué deben probar los acreedores que se oponen á la separación ó que la atacan? Basta el perjuicio ó se necesita que haya fraude?..... 298
269 Los acreedores que no intervinieron pueden, no obstante, promover la nulidad?..... 299
270 Cuál es la duración de la acción pauliana?..... 300
271 Se aplica el plazo de un año á la liquidación de los derechos de la mujer?..... 301

Núm. 3. Derecho de los acreedores en caso de inobservancia de las formas legales.

272 Los acreedores pueden pedir la nulidad de la separación cuando las formas legales prescriptas por la ley no han sido observadas..... 304
273 Cuál es la duración de esta acción?..... 304

§ V. Efectos de la separación de bienes.

Núm. 1. Disolución de la comunidad.

274 La comunidad está disuelta. La mujer puede aceptar ó renunciar..... 305
275 La mujer ejerce los derechos que pertenecen á la aceptante ó renunciante. ¿Puede ejercer los derechos de supérstite? 306
276 Puede la mujer hacer actos conservatorios de sus derechos de supérstite? Cuáles son estos actos?..... 307
277 Puede la mujer transar en los derechos de supérstite?.... 308

Núm. 2. Contribución en los cargos.

278 Cómo contribuye la mujer á los cargos del matrimonio?... 309
279 Debe soportar los gastos de educación, aun por lo pasado, si nada queda al marido?..... 311
280 Tiene la mujer derecho á una compensación contra el marido si éste vuelve á mejor fortuna?..... 313
281 Debe la mujer entregar su parte contributiva en manos del marido..... 314
282 Pueden los tribunales autorizar á la mujer para pagar directamente los gastos hasta concurrencia de su parte contributiva?..... 316
283 Puede el marido reclamar la administración de los bienes de la mujer, cuando menos en parte, para asegurar su parte contributiva? Puede reclamar otras garantías?..... 318
284 La mujer está personalmente obligada para con los terceros, en los límites de su parte contributiva. Crítica de la doctrina y de la jurisprudencia..... 319
285 Cuando los esposos separados de bienes viven también

separadamente, tienen uno contra otro acción á los alimentos?..... 323

Núm. 3. Derechos de la mujer separada de bienes.

I. De la administración y del goce.

286 La mujer vuelve á tomar la administración y el goce de sus bienes..... 324
287 Su administración es es *libre* en qué sentido y por qué?.. 325
288 Quid si la mujer deja de hecho el goce de sus bienes al marido? á qué está obligado el marido?..... 326
289 Quid si la mujer da á su marido mandato para administrar? 328
290 Quid si el marido goza de los bienes de la mujer á pesar suyo?..... 329
291 Puede la mujer renunciar la administración de todo ó parte de sus bienes en provecho del marido?..... 329

II. ¿Cuáles actos puede hacer la mujer?

292 La mujer tiene el libre goce de sus rentas?..... 330
293 Administra libremente sus bienes. Debe comparársela á un administrador ordinario? Es su situación análoga á la del menor emancipado?..... 330
294 Puede dar sus bienes en arrendamiento? Quién puede atacar los contratos que consiente, y por qué causas?..... 332
295 Puede recibir y dar descargo de un capital mueble?..... 334
296 Puede consentir la radicación de una inscripción hipotecaria? 334
297 Puede la mujer separada de bienes hacer adquisiciónes muebles ó inmuebles?..... 335
298 Puede colocar capitales en renta vitalicia?..... 335
299 A quién pertenecen las adquisiciones hechas por la mujer separada de bienes?..... 336
300 Quid de los muebles? Se presumen pertenecer á la mujer? 337

III. ¿Puede la mujer separada de bienes enajenar sus muebles?

301 Puede la mujer enajenar sus muebles aunque la enajenación no se haga para las necesidades de la administración? 339
302 Crítica de la jurisprudencia acerca de esta cuestión..... 341
303 Qué se entiende en el art. 1,449 por la palabra *mobiliar?* 343
304 Puede la mujer transformar títulos nominales en títulos al portador?..... 344
305 Puede la mujer dividir una sucesión mobiliar?..... 344
306 Puede transar en derechos muebles?..... 345
307 Puede disponer á título gratuito sin autorización?..... 345

IV. ¿Puede obligarse la mujer separada de bienes?

1. En qué límites puede hacerlo.

308 La mujer puede obligarse para las necesidades de su administración..... 346
309 Puede obligarse fuera de sus necesidades de administración, obligando su mobiliar? Error de la primera jurisprudencia de la Corte de Casación..... 347
310 La mujer no puede obligarse por causas extrañas á su administración..... 348
311 Crítica de la última jurisprudencia de la Corte de Casación 350
312 Cuándo puede decirse que la mujer se obliga para las necesidades de su administración?..... 352
313 Quid si se obligó para su administración, pero que la obligación es excesiva?..... 353
314 Cuando la mujer se obliga en los límites de su poder de administración obliga todos sus bienes muebles é inmuebles 354

2. Aplicación.

315 Puede la mujer separada aceptar una sucesión?..... 355
316 Puede aceptar una donación?..... 355
317 Puede pedir prestado? Es absoluta su incapacidad?..... 356
318 Puede cauccionar la deuda de su tercero?..... 357
319 Puede contra una sociedad en comandita? Puede asociarse con su marido?..... 358
320 Puede jugar en la Bolsa?..... 359

V. De la incapacidad de la mujer separada de bienes.

1. Cuáles actos puede hacer la mujer.

321 La mujer separada de bienes permanece incapaz, excepto para los actos administrativos y la enajenación de sus muebles..... 359
322 Puede litigar?..... 360
323 Puede comprometerse?..... 360
324 La mujer separada no puede enajenar sus inmuebles ni gravarlos con derechos reales sin autorización..... 361

2. Responsabilidad.

325 El marido es garante por la falta de empleo ó de reemplazo cuando la mujer vende un inmueble?..... 362
326 Aplicación del principio en caso en que la mujer venda un inmueble con autorización de justicia. En cuáles casos es responsable el marido?..... 363
327 Cómo probará el demandante por responsabilidad que el marido recibió el dinero ó que ha sacado provecho de él.. 364
328 El marido que autoriza á la mujer para enajenar no es garante por el solo hecho de esta autorización..... 365
329–331 Crítica de la opinión contraria..... 366–370
332 Puede el marido substraerse á la responsabilidad probando que la mujer recibió el precio?..... 372
333 Es garante el marido por la utilidad del empleo?..... 372
334 A quién debe pagar el precio el comprador? Puede el marido oponerse á que pague fuera de su presencia?..... 373
335 Pueden el marido y la justicia imponer á la mujer un empleo y declararlo obligatorio para el comprador?..... 373

Núm. 4. Retroacción de la separación.

1. Principio.

336 La sentencia que pronuncia la separación de bienes retrotrae al día de la demanda entre las partes para con los terceros..... 374
337 Cuáles son los motivos de esta retroacción? Es una aplicación de los principios generales ó una excepción á estos principios?..... 375
338 La separación de bienes resultante de la separación de cuerpos, retrotrae?..... 377
339 Crítica de la opinión contra la consagrada por la Corte de Casacion..... 381

II. Consecuencias.

1. En cuanto á los bienes.

340 La comunidad está liquidada en el estado en que se encuentra cuando la demanda de separación de bienes..... 384
341 Crítica de la doctrina y jurisprudencia contrarias..... 384
342 La mujer tiene derecho á los productos de sus propios y á los intereses de las compensaciones desde la demanda de separacion. Quid de los intereses de su dote mueble?..... 386
343 Aplicación del principio de la retroaccion a los valores que el marido ha tomado. La mujer tiene derecho á los intereses y dividendos..... 388
344 Puede el marido pagar durante la instancia los derechos y devoluciones de la mujer? puede cederle bienes en pago?. 389

2. En cuanto á las deudas.

345 Las deudas contraídas por el marido durante la instancia no caen en la comunidad para con la mujer..... 390
346 Quid de las deudas contraídas por la mujer sin autorizacion? Son validas si la mujer no ha sido autorizada?..... 391

3. En cuanto á los actos de disposición ó de administración hechos por el marido.

347 El marido deja de ser el jefe de la comunidad y el administrador de la mujer cuando la separación está pronunciada 392
348 Los actos que hace con estas cualidades posteriormente á la demanda son nulos? Puede atacarlos la mujer? Bajo qué condición? Basta el perjuicio ó es necesario que haya fraude? 393
349 Crítica de la opinion contraria 395
350 Cuál es la doctrina consagrada por la jurisprudencia?..... 398
350 *bis* Quid de los actos de administración? Jurisprudencia... 398
351 La mujer puede tomar medidas conservatorias para sus derechos 400

4. De la aceptación y repudio de la comunidad.

352 Puede la mujer aceptar la comunidad ó renunciarla durante la instancia de separación? Crítica de la opinión general. 401

§ VI. Del restablecimiento de la comunidad.

Núm. 1. Condiciones.

353 La comunidad puede restablecerse por consentimiento de ambos esposos 402
354 Por qué es necesaria una convencion?..... 402
355 Por qué es necesaria una acta auténtica aunque los esposos estén separados de cuerpos? 403
356 La convención debe publicarse. Deben observarse las formas prescriptas por el art. 872 del Código de Procedimientos? Quid si las formas del a t. 1,445 no han sido llenadas? 404
357 Los esposos deben restablecer su comunidad tal cual existía en virtud de sus convenciones matrimoniales, expresas ó tácitas..... 406
358 En qué sentido es nula la convención que deroga la prohibición del art. 1,451?..... 407

Núm. 2. Efecto del restablecimiento de la comunidad.

359 Cuál es el efecto del restablecimiento de la comunidad entre esposos? 408
360 Cuál es el efecto del restablecimiento para con los terceros? 409

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

§ I. Del derecho de opción.

361 El derecho de opción es contrario al derecho común. Por qué la ley se lo da á la mujer?..... 410

362 Origen histórico del derecho de opción..... 411
363 Puede renunciarlo la mujer? Cuál es su utilidad para ella? 412
364 En qué sentido es nula toda convención contraria?. 414
365 El marido no puede renunciar. Lo puede como heredero de la mujer?..... 415
366 Los herederos de la mujer tienen el derecho de opción..... 417
367 Quid de los legatarios de la mujer? Pueden aceptar los acreedores?..... 417
368 Pueden renunciar los acreedores?..... 419

§ II. De la aceptación.

369 Se aplican á la aceptación de la comunidad los principios que rigen la aceptación de una herencia..... 420

Núm. 1. De las condiciones requeridas para la aceptación.

370 La mujer puede aceptar la comunidad antes de la disolución 421
371 Puede aun aceptar después de haber renunciado ó renunciar después de haber aceptado?..... 422
372 Puede aceptar la mujer menor? Qué formalidades debe llenar? 423
373 Puede ser condicional la aceptación á plazo ó parcial?.... 424

Núm. 2. ¿Cuándo debe ó puede hacerse la aceptación?

374 La viuda tiene treinta años para optar..... 424
375 Cuál es el objeto del plazo de tres meses y cuarenta días prescripto para hacer inventario y deliberar?..... 425
376 Quid si la mujer ó sus herederos permanecen treinta años sin promover?..... 426
377 En qué tiempo debe aceptar la mujer cuando la comunidad se disuelve por divorcio, separación de cuerpos ó de bienes?..... 427

Núm. 3. ¿Cómo se hace la aceptación?

1. De la aceptación expresa y tácita.

378 Cuándo hay aceptación expresa ó tácita?..... 427
379-380 Aplicaciones tomadas de la jurisprudencia..... 429-430
381 Puede pedir la mujer al juez la autorización para hacer actos de administración y de conservación? Cuál es el valor de las protestas que haga?..... 431

II. De la substracción de los efectos de la comunidad.

382 Cuáles son las consecuencuencias de la substracción de los efectos de la comunidad cometida por la mujer ó por su marido?..... 432
383 Qué es la substracción y por qué se declara común á la mujer?..... 433
384 El art. 1,460 se aplica á la mujer menor?..... 434

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

385 Es aplicable el art. 1,460 cuando la mujer ha substraído antes de la disolucion de la comunidad?..... 434
386 Qué si la mujer substrae después de renunciar?..... 435
387 Es aplicable el art. 1,460 á la mujer divorciada, separada de cuerpos y separada de bienes?..... 436

III. ¿Cuándo puede atacarse la aceptación?

388 En principio la aceptación es irrevocable..... 437
389 La mujer menor puede atacar la aceptación cuando es nula por la forma..... 437
390 La mujer menor puede atacar la aceptación por causa de dolo..... 438
391 Pueden los acreedores atacar la aceptación de la mujer si ésta fué hecha en fraude de sus derechos?..... 440

IV. Efecto de la aceptación.

392 La aceptación de la mujer retrotrae al día de la celebración del matrimonio..... 442
393 La mujer aceptante puede atacar los actos hechos por su marido en fraude de su derecho?..... 443
394 Pueden los herederos de la mujer atacar los actos hechos por el marido en fraude de los acreedores y con el concurso de la mujer?..... 444

§ III. De la renuncia.

Núm. 1. ¿Cuándo puede renunciar la viuda?

395 Puede la mujer renunciar sin hacer inventario?..... 445
396 El inventario debe hacerse en los tres meses y ser fiel y exacto. Se hace contradictoriamente con los herederos del marido, debe ser ratificado sincero y verdadero..... 448
397 Cuál es la situación de la mujer cuando hizo inventario en los tres meses?..... 449
398 La mujer que no hizo inventario en este plazo pierde la facultad de renunciar..... 450
399 Crítica de la opinión contraria de Colmet de Santerre 453
400 La pena marcada por el art. 1,456 se abandona á la apreciacion del juez?..... 455
401 Cómo se cuenta el plazo de tres meses en el que debe hacerse el inventario?..... 456
402 Es nulo el inventario cuando las formas prescriptas por la ley no fueron observadas?..... 457
403 Puede hacerse el inventario después de cumplido el plazo de tres meses?..... 459
404 Puede suplirse el inventario por actos equivalentes?..... 459
405 Si la mujer que perdió la facultad de renunciar, renuncia, puede prevalecerse de la nulidad de su renuncia?..... 460

Núm. 2. ¿Cuándo la mujer divorciada, separada de cuerpos ó de bienes, puede ó debe renunciar?

406 Cuáles son los motivos de la disposición especial del artículo 1,463?..... 461
407 Se aplica el art. 1,463 á la mujer separada de bienes?..... 462
408 Desde qué día comienza á correr el plazo del art. 1,463?.. 465
409 Cuáles son los derechos de la mujer divorciada ó separada de cuerpos?..... 466
410 Puede ser prorrogado el plazo del art. 1,463, ya por el juez ó por las partes?..... 467
411 Establece el art. 1,463 una simple presunción de renuncia? Puede la mujer combatirla por la prueba contraria.. 467

Núm. 3. Fuerza de la renuncia.

412 La renuncia de la mujer supértite es un acto solemne ... 470
413 Entre la mujer y los herederos del marido la renuncia puede hacerse por vía de convención..... 470
414 La renuncia de la mujer divorciada ó separada de cuerpos está cita. La de la mujer separada de bienes se hace en la secretaría..... 470
415 La mujer separada de bienes puede renunciar por vía de convención para con su marido..... 471

Núm. 4. Por quién y por qué causas puede atacarse la renuncia.

416 En principio la mujer no puede cambiar su renuncia. 472
417 Puede atacarla por causa de incapacidad ó de dolo. Cuál es, en este último caso, la duración de la nulidad?..... 472
418 Los acreedores de la mujer pueden atacar la renuncia de ésta cuando se hizo en fraude de sus derechos..... 473
419 Cuál es el efecto de la sentencia que anula la renuncia?... 474

Núm. 5. Efecto de la renuncia.

420 La mujer renunciante está como si nunca hubiera sido asociada..... 474

§ IV. Derechos de los herederos de la mujer.

421 Los herederos tienen, en principio, los mismos derechos que la mujer..... 475

Núm. 1. Disolución de la comunidad por la muerte de la mujer.

422 El derecho de la mujer se reparte entre los herederos. Cada uno de ellos puede aceptar ó renunciar la comunidad.. 476
423 Qué sucede con la parte del renunciante? Por qué no au-

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

menta la parte de los aceptantes?..... 476
424 Cuál es el objeto del segundo inciso del art. 1,475?..... 478
425 Aplicacion de la ley á la comunidad legal..... 479
426 Aplicacion de la ley á la comunidad convencional..... 480
427 Quid si uno de los herederos de la mujer renuncia la sucesion?..... 481
428 Deben hacer inventario los herederos de la mujer para conservar la facultad de renunciar después del plazo de tres meses?..... 481

Núm. 2. Disolución de la comunidad por la muerte del marido.

429 Cuando la mujer supérstite llega á morir en el plazo de tres meses y cuarenta días sin haber tomado calidad, el derecho de la comunidad se divide entre sus herederos conforme al art. 1,475..... 484
430 Los herederos de la viuda tienen los derechos que ésta hubiera ejercido si hubiera sobrevivido..... 486
431 En qué plazo deben hacer inventario?..... 486
432 Quid si la viuda muere sin haber hecho inventario?..... 487
433 De la excepción dilatoria que pertenece á los herederos y de las formas de la renuncia..... 488

§ V. De los derechos de la viuda.

434 Derechos que pertenecen á la viuda con exclusión de sus herederos..... 488

Núm. 1. Del luto de la viuda.

435 La viuda tiene derecho al luto cualquiera que sea el régimen bajo el que se haya casado. Por qué no tiene el marido el derecho de luto?..... 488
436 Qué se entiende por luto? Puede la mujer reclamarlo para sus criados?..... 489

Núm. 2. De los alimentos.

437 Cuál es el motivo por el que la ley concede alimentos y habitación á la viuda?..... 490
438 Cuál es la extensión de este derecho?..... 492
439 A cargo de quién están los alimentos?..... 493
440 Durante qué tiempo goza la mujer de este derecho?..... 494

Núm. 3. De la habitación.

441 Cuál es el fundamento del derecho de habitación?..... 495
442 Es esto un derecho real ó un crédito?..... 497
443 A cargo de quién está la habitación de la mujer?..... 497
444 Tiene la mujer derecho á la habitación cuando el arrendamiento de la casa que ocupa concluye? Quién debe pagar la renta?..... 498

SECCION VII.—Liquidación de la comunidad.

Artículo 1.° De las compensaciones.

445 Qué se entiende por *recompensas*?..... 498
446 Por qué deben liquidarse las compensaciones respectivas de la comunidad y de los esposos cuando la mujer acepta? Quid si renuncia?..... 499
447 Liquidación de recompensas, devoluciones y prelaciones... 500

§ I. De las compensaciones debidas por la comunidad á los esposos.

Núm. 1. ¿Cuándo debe la comunidad recompensa á los esposos.

1. Principio.

448 Origen del principio. Cuál era en el derecho antiguo el motivo de la recompensa y por qué el Código la admitió?.... 500
449 La disposición del art. 1,433 es restrictiva?..... 502
450 Se aplica el principio á la venta de un propio?..... 503
451 Asimismo á la donación en pago de un propio para extinguir una deuda de que la comunidad tenía que soportar. 503
452 Aplicación del principio al caso de una servidumbre debida á la heredad propia de uno de los esposos..... 504
453 Para que haya lugar á compensación es menester que el precio haya sido entregado á la comunidad..... 504
454 Quid si el precio no fué pagado por el comprador? Quid si se trata de un propio de la mujer? La acción por daños y perjuicios que tiene contra su marido es una compensación? 505
455 Quid si el marido delega á sus acreedores el precio de la enajenación de un propio de la mujer?..... 506
456 Debe la comunidad haber aprovechado el precio? Quid si el marido da el dinero á medida que lo recibe?..... 506
457 Debe el esposo que pide compensación probar que el precio fué entregado á la comunidad? Hay una excepción en favor de la mujer?..... 507
458 Cuál es el monto de la recompensa á la que tienen derecho los esposos?..... 510
459 Aplicación del principio á la venta..... 511
460 El esposo toma el precio declarado ó el precio real?..... 511
461-462 Cómo se hace la prueba de la simulación del precio? puede hacerse por testigos? Es aplicable el a. 1,341? 512-515
463 Aplicación del principio á la donación en pago..... 517
464 Aplicación del principio á la recompra y remesa de una servidumbre..... 518

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

465 Aplicación del principio á la compensación debida en el caso del art. 1,403..... 519

II. De los derechos vitalicios.

1. Venta de un propio por un derecho vitalicio.

466 El esposo que vende un propio por un derecho vitalicio, tal como una renta vitalicia, tiene derecho á una recompensa? 520
467 Cuál es el monto de ella?..... 523

2. Enajenación de un derecho vitalicio.

468 El esposo que enajena un derecho vitalicio tiene derecho á una compensación cuando sobrevive á la disolución de la comunidad. Qué si la comunidad se disuelve por su muerte? Primera opinión de Pothier..... 524
469 Ultima opinión de Pothier. Crítica..... 527
470 Cuál es el monto de la indemnización á la que tiene derecho el esposo?..... 529

§ II. De las compensaciones debidas á la comunidad.

Núm. 1. ¿Cuándo se debe compensación?

471 Cuál es el fundamento de las compensaciones que los esposos deben á la comunidad? En qué caso hay lugar á ellas? 532
472 Si la comunidad ha pagado una deuda personal de uno de los esposos, éste debe compensación..... 533
473 Asímismo si la comunidad ha libertado á uno de los esposos de un cargo real, tal como la servidumbre ó hipoteca.. 533
474 Asímismo con las sumas tomadas en la comunidad para la conservación, recobro ó mejora de los propios de los esposos..... 534
475 De los gastos de siembra y labores hechos en propios de los esposos..... 535

Núm. 2. Monto de la compensación.

1. El principio.

476 Primer principio establecido por Pothier..... 535
477 Segundo principio de Pothier. La compensación no pasa de la suma tomada en la comunidad..... 536
478–479 Tercer principio de Pothier. Sólo se debe compensación hasta concurrencia del provecho que el esposo sacó de la suma tomada en la comunidad. Es este principio el del Código Civil?..... 537-539
480 El esposo que toma sumas en la comunidad las pide prestadas? A qué título debe la compensación?..... 541

II. Aplicaciones del principio.

481 Cuál es la cifra de la compensación cuando la suma tomada en la comunidad sirve para pagar una deuda personal del esposo ó para dotar á un hijo de matrimonio precedente? 543
482 Quid si el beneficio es menor? Aplicación del principio á los trabajos hechos en los propios de los esposos. De los gastos necesarios y gastos útiles. Es la compensación por la suma tomada en la comunidad ó la que resulta del beneficio de los trabajos?..... 544
483 Quid de los trabajos de lujo?..... 547
484 Quid de los trabajos hechos en un propio de la mujer?.... 548
485 Aplicación del principio á la recompra de una servidumbre 549
486 Aplicación á la adquisición de una renta vitalicia con bienes de la comunidad. Si se la estipula reversible en provecho del supérstite, éste debe compensación..... 550

Artículo 2. Como se ejercen las recompensas.

487 Las compensaciones debidas por la comunidad se ejercen por vía de prelación y las que los esposos deben por vía de devolución..... 551
488 Aplicación del principio tomado de la jurisprudencia..... 552

§ I. Devolución de las indemnizaciones debidas á la comunidad.

Núm. 1. Carácter de estas indemnizaciones.

489 Los esposos deben la compensación como deudores personales. Consecuencia que resulta en cuanto á la mujer renunciante..... 553
490 Cuándo deben los esposos devolver lo que deben? Por qué no están obligados á los réditos durante la comunidad? Por qué corren los intereses de pleno derecho después de la disolución de la comunidad?..... 554

Núm. 2. Cómo se hace la devolución.

491 En principio la devolución se hace en naturaleza. El esposo deudor puede reivindicar la compensación de lo que le debe la comunidad?..... 556
492 Puede hacerse la devolución ficticiamente? ¿de qué modo?. 557
493 Cuándo puede hacerse por ficción?..... 558
494 Tienen la mujer ó sus herederos el derecho de exigir la devolución en naturaleza cuando tienen devoluciones que ejercer..... 559
495 Cuando cada esposo es deudor de una compensación se extinguen ambas deudas por vía de compensación?..... 559
496 La devolución de ambas deudas puede en este caso hacerse por una ficción?..... 560
497 Cuándo debe hacerse en naturaleza?..... 561

§ II. De las compensaciones debidas á los esposos.

Núm. 1. De las devoluciones.

498 Las devoluciones se ejercen por vía de prelación antes de la partición..... 562
499 Cuales son las cosas que toman los esposos?..... 563
500 Los propios de los esposos dan lugar á una verdadera prelación?..... 564
501 Cuándo pueden los esposos ejercer sus devoluciones? Puede la mujer tomar medidas conservatorias durante la comunidad?..... 566
502 El esposo que reclama una compensación debe probar el fundamento de su demanda. ¿Debe distinguir entre el marido y la mujer?..... 566
503 Las compensaciones producen interés de derecho pleno. Por qué no lo producen durante la comunidad?..... 567

Núm. 2. Cómo se ejercen las devoluciones.

504 En qué bienes y en qué orden se ejercen las devoluciones? Cuál es la razon del orden prescripto por el art. 1,471?.. 568
505 La mujer tiene la eleccion de los inmuebles. Por qué?. ... 570
506 Tiene la mujer eleccion en los muebles?..... 571
507 Tiene los derechos que le da el art. 1,471 para las indemnizaciones que se le deben por otras causas que la enajenación de sus propios?..... 571
508 Cómo se estima el valor de los efectos muebles é inmuebles que el esposo toma?..... 573
509 Recibe excepciones el orden establecido por el art. 1.471? 574
510 Pueden los herederos de la mujer ejercer prelación en los inmuebles cuando el marido descuidó de hacer inventario de los inmuebles?..... 575
511 Puede el esposo acreedor á una devolución renunciar el beneficio del art. 1,471 y pedir el pago en dinero?..... 576
512 Puede el demandado impedir que el esposo acreedor ejerza la prelación en naturaleza, ofreciéndole el dinero necesario? 578
513 Pueden los esposos renunciar el beneficio del art. 1,471 por contrato de matrimonio?..... 579
514 La deuda de las devoluciones grava indistintamente á todos los bienes..... 580
515 Puede la mujer ejercer sus devoluciones en los inmuebles de la comunidad cuando el marido ha vendido su parte en estos inmuebles después de la devolución de la comunidad? 581

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

516 Cuáles son los privilegios que tiene la mujer para las devoluciones de sus propios y cuál es la razón?..... 582
517 Tiene estos privilegios para la devolucion de sus propios cuando existen en naturaleza?..... 584
518 La accion recursoria de la mujer contra su marido se rige por el derecho común..... 584
519 Debe la mujer hacer inventario para gozar del beneficio de los arts. 1,471 y 1,472?..... 585

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

520 Se aplica al marido la disposicion del art. 1,471 refiriéndose á la apropiacion de los bienes y al orden en el que debe hacerse?..... 585
521 Tiene el marido eleccion en los inmuebles?..... 587
522 El marido no tiene recurso en los bienes personales de su mujer en caso de insuficiencia de la comunidad. Puede estipular dicho recurso por contrato de matrimonio?..... 588
523 Está obligado el marido á hacer inventario para ejercer sus derechos de devoluciones en los inmuebles?..... 590

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

524 La mujer está preferida para su devolucion al marido copropietario de los bienes comunes..... 590
525 Tiene el derecho de preferencia para con los acreedores personales de su marido..... 591
526 Para con los acreedores de la comunidad sólo tiene un derecho de crédito sin ninguna preferencia?..... 592
527 El texto y el espíritu de la ley están en este sentido..... 593
528 Tal es también la tradicion y tales han sido durante cuarenta y ocho años la doctrina y la jurisprudencia..... 595
529 La nueva jurisprudencia. La sentencia de 1858..... 597
530 Tiene la mujer privilegio en los muebles?..... 598
531-532 Ejerce sus devoluciones como propietaria y está con tal título preferida á los acreedores de la comunidad?.. 599-600
533 Tiene derecho de exclusión para con los acreedores?..... 604
534 Consideraciones generales acerca de la primera jurisprudencia de la Corte de Casación..... 605

Núm. 6. Naturaleza del derecho de devolución.

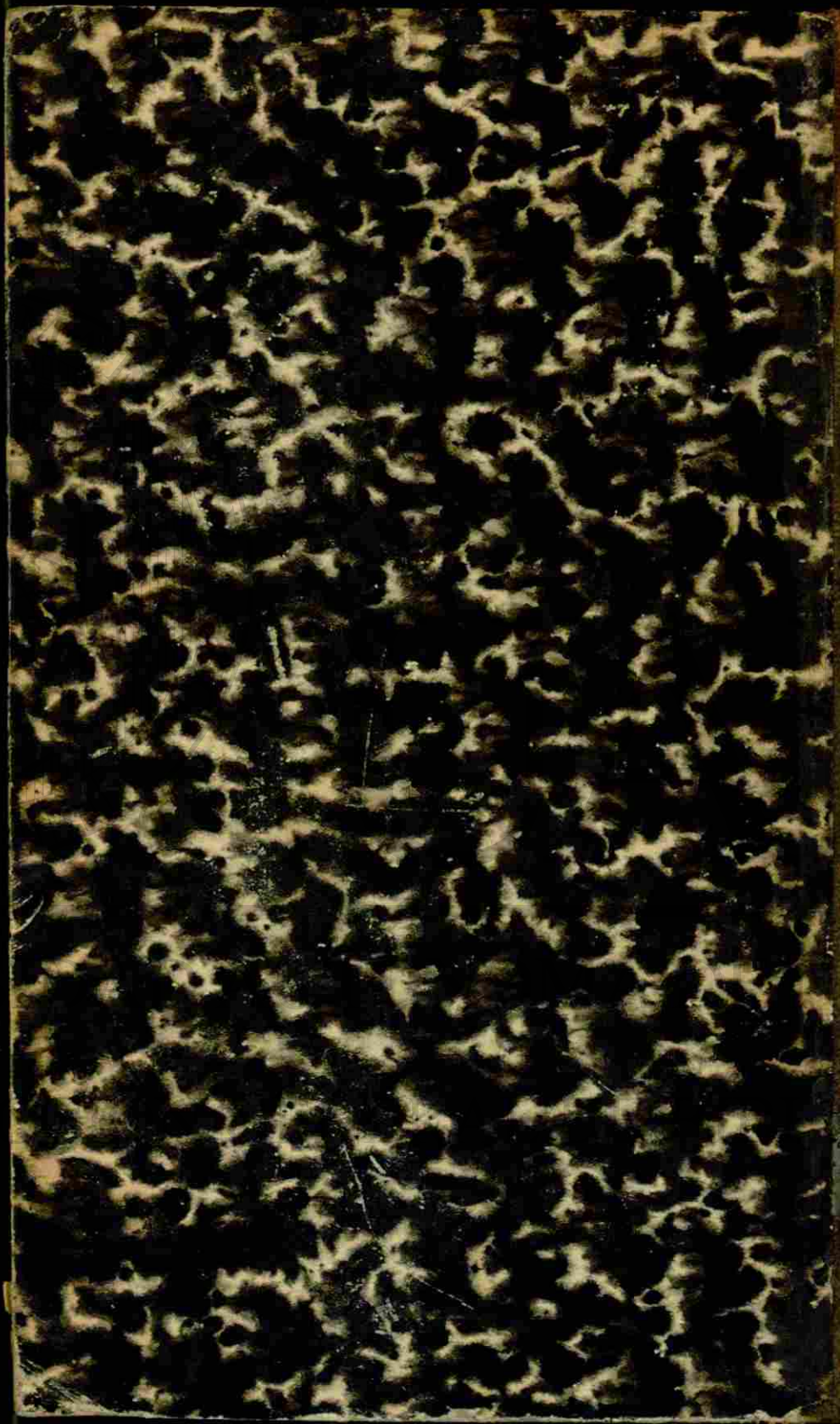
1. ¿Es un derecho mueble?

535 La devolución es un derecho mueble. Interes práctico de la cuestión..... 606
536 Nueva jurisprudencia. Refutación de la antigua doctrina. 607
537 Doctrinas y jurisprudencia contrarias..... 608
538 El principio se aplica á la mujer renunciante así como á todas las devoluciones ejercidas por la comunidad..... 610

II. ¿Son las devoluciones una donación en pago?

539 La devolución no es una donación en pago. No es translativa de propiedad..... 610
540 Debe inscribirse la prelación de un inmueble?..... 611
541 Están sometidas las prelaciones al derecho de mutación? Quid si la mujer abandona toda la comunidad á los herederos del marido con cargo para ellos de pagar sus devoluciones?..... 612
542 Quid si la mujer promueve contra el marido en caso de insuficiencia de los bienes de la comunidad?..... 614

III. De los créditos de uno de los esposos contra el otro.

543 Estos créditos no son compensaciones..... 615
544 En cuáles casos uno de los esposos se vuelve acreedor del otro?..... 615
545 Cuándo pueden ser demandados los créditos?..... 618
546 En qué bienes pueden los acreedores perseguir sus créditos? 620
547 Los créditos de los esposos no producen interés..... 620
548 Quid de los saldos de particion?..... 620

UANL
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS